DIE ALLGEMEINEN GRUNDSÄTZE DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS ÜBER DIE ANFÄNGLICHE UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER JURISTENFAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ROSTOCK i. M.

VORGELEGT VON

ERNST PAKUSCHER
REFERENDAR IN BERLIN.

BERLIN
GEDRUCKT BEI J. PAKUSCHER
1907.

Berichterstatter:
Professor Dr. Bernhöft.

Meinen Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung. Gegenstand und Plan der Untersuchung 7
A. Begriff und Arten der Unmöglichkeit der Leistung 8
§ 2. 1. Begriff der Unmöglichkeit der Leistung 8
2. Arten der Unmöglichkeit der Leistung 22
§ 3. a) Uebersicht 22
§ 4. b) Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit 27
§ 5. c) Objektive und subjektive Unmöglichkeit 34
B. Die allgemeinen Grundsätze des B. G.-B. über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung 40
1. Die objektive Unmöglichkeit der Leistung 40
§ 6. a) Nichtigkeit des Vertrages 40
§ 7. b) Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse . . 46
§ 8. 2. Die subjektive Unmöglichkeit der Leistung 56

Literatur-Verzeichnis.

1. Bähr, Entwurf eines B. G.-B. 1. Lesung, in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 321 ff. und S. 481 ff., 1888.
2. Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Rechte, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 91 S. 73 ff., 1900.
3. Brock, Das negative Vertragsinteresse, 1902.
4. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Bd., 4. Aufl., 1903.
5. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.
6. Corpus juris civilis b. Digesta (rec. Theodorus Mommsen) editio. nona 1902.
7. Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens, 1. Abt., 1905.
8. Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 6. Aufl., 1900.
9. Endemann, Einführung in das Studium des B. G.-B., Bd. 1, 8. Aufl., 1901.
10. Fischer, H. A., Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre, 1904.
11. Haake, Inwieweit steht das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der Unmöglichkeit der Leistung gleich? Rostocker Inaug.-Diss., 1903.
12. Hartmann, Die Obligation. Untersuchung über ihren Zweck und Bau, 1875.
13. Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatzpflicht bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in Jherings Jahrbüchern Bd. 4, S. 1 ff.
14. Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B. G.-B. in Fischers Beiträgen, Bd. 7, Heft 2, 1900. (Zitiert als „Kisch I").
15. Kisch, Besprechung des Titze'schen Werkes in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 44, S. 506 ff., 1903 (Zitiert als „Kisch II").
16. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G.-B., in Fischers Beiträgen Bd, 7, Heft 1, 1900. (Zitiert als „Kleineidam I").

17. Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des B. G.-B. in Jherings Jahrbüchern Bd. 43, Heft 1, S. 103 ff., 1901 (Zitiert als „Kleineidam II").
18. Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Breslauer Inaug.-Diss. 1901.
19. Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte, 1903.
20. Loske. Ursprüngliches Unvermögen bei vertragsmässigen Schuldverhältnissen. Rostocker Inaug.-Diss. 1903.
21. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl., 1900.
22. Mathies, Unvermögen zur Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Inaug.-Diss. 1905.
23. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte, 1. Abt. 1853.
24. Motive zum Entwurf eines B. G.-B. für das Deutsche Reich, 1888.
25. Oertmann, Kommentar zum B. G.-B. das Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 1899.
26. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Bd., 3 Aufl., 1904.
27. Rehbein, Das B. G.-B. mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 2, 1903.
28. Reinke, Die allgemeinen Grundsätze über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung. Rostocker Inaug.-Diss. 1905.
29. v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1851.
30. Schmidt, Die Lehre vom negativen Vertragsinteresse. Greifswalder Inaug.-Diss. 1900.
31. Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
32. Seufferts Archiv, Bd. 47, No. 20.
33. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
34. Staudinger, Kommentar zum B. G.-B. nebst E. G., Bd. 2, 1905.
35. Steiner, Haftung aus ursprünglichem Unvermögen bei vertragsmässigen Schuldverhältnissen. Rostocker Inaug.-Diss. 1903.
36. Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Rechte, 1900.
37. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandekten Rechts, Bd. 2, 8. Aufl., 1900.

Einleitung.

Gegenstand und Plan der Untersuchung.

§ 1.

Die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung ist zum ersten Male vor etwa einem halben Jahrhundert von Friedrich Mommsen in einer erschöpfenden monographischen Arbeit behandelt worden.

Späterhin blieb dies Thema lange Zeit hindurch in der juristischen Literatur unbeachtet, bis das Inkrafttreten des B. G.-B. das erloschene Interesse wieder erweckte und eine grössere Anzahl von Spezialarbeiten über Wesen und Wirkungen der Unmöglichkeit der Leistung zeitigte.

Indessen hat der eigentümliche Zufall, dass die Mehrzahl dieser Schriften zu gleicher Zeit entstanden ist, zu ganz aussergewöhnlich grossen Abweichungen gerade unter den grundlegenden Werken geführt, und man darf wohl mit Recht behaupten, dass die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung — zumal da die Materie vom Gesetz durchaus nicht erschöpfend geregelt ist — zu den umstrittensten Gebieten des bürgerlichen Rechts gehöre.

Auch die später erschienenen Schriften, welche die in Frage kommenden Probleme zu lösen suchten, haben eine völlige Klärung der entstandenen Streitfragen nicht herbeizuführen vermocht und vielfach nur zu einer Verschärfung der Gegensätze beigetragen.

Aus diesem Umstande wollen wir die innere Berechtigung unserer Arbeit herleiten; wir beschränken uns aber auf die Darstellung der leitenden Grundsätze, die das B. G.-B.

bei Regelung der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung befolgt, weil hier gerade die wichtigsten Kontroversen zu finden sind.

Indessen können wir an die Behandlung unseres Themas nicht eher herantreten, als bis wir eine Definition der Unmöglichkeit der Leistung aufgestellt haben. Ausserdem dürfte es sich empfehlen, einen kurzen Ueberblick über die Arten der Unmöglichkeit zu geben, sodass wir auf diese Weise zu folgender Disposition unserer Arbeit gelangen:

A. 1. Begriff der Unmöglichkeit der Leistung.
   2. Arten der Unmöglichkeit der Leistung.

B. Die allgemeinen Grundsätze des B. G.-B. über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung.
   1. Die objektive Unmöglichkeit der Leistung.
   2. Die subjektive Unmöglichkeit der Leistung.

A. Begriff und Arten der Unmöglichkeit der Leistung.

1. Begriff der Unmöglichkeit der Leistung.

§ 2.

Gleich bei Beginn unserer Erörterungen treffen wir auf dasjenige Problem, welches wegen seiner grundlegenden Bedeutung für das gesamte Gebiet der Unmöglichkeit der Leistung alle hier in Betracht kommenden Schriftsteller am meisten beschäftigt hat.

Auch wir werden die Frage nach dem Begriffe der Unmöglichkeit der Leistung möglichst eingehend zu behandeln suchen, da von ihrer Beantwortung das gesamte Ergebnis unserer Untersuchung abhängt.

Hier ist es nun zunächst unsere Aufgabe, die einander gegenüberstehenden Ansichten daraufhin zu untersuchen, ob sie einerseits praktisch verwertbar sind, andererseits mit den Bestimmungen des positiven Rechts in Einklang stehen.

So ist z. B. die Begriffsbestimmung, die Hartmann[1]) bereits für das gemeine Recht aufgestellt hat, von vornherein abzuweisen. Er definiert nämlich die Unmöglichkeit als negative Notwendigkeit. Dadurch kommt man aber um keinen Schritt vorwärts, denn wie Kleineidam[2]) mit Recht sagt, ist

> „der auf diese Weise hineingekommene Begriff der Notwendigkeit nicht einfacher und leicht verständlicher als der Begriff der Unmöglichkeit selbst".

Ebenso ist die Biermann'sche[3]) Definition zu verwerfen. Denn wenn er auf die Frage: „Wann ist eine Leistung unmöglich?" erwidert: „Wenn sie nicht vermocht wird," so ist diese Erklärung in Wahrheit keine Antwort, sondern nur eine Wiederholung der gestellten Frage.

Ferner trifft seine Definition im besten Falle nur für das schuldnerische Unvermögen, nicht aber auch für die (objektive) Unmöglichkeit der Leistung zu, da nach seiner Ansicht die einzige Person, deren Nichtvermögen berücksichtigt werden darf, der Schuldner ist.[4]) [5]) [6])

---

[1]) Die Obligation 1875. S. 172.

[2]) I. S. 13.

[3]) Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Rechte, im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 91. S. 75.

[4]) vgl. Mathies. Unvermögen zur Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Inaug.-Diss. 1905. S. 7.

[5]) Eine Umschreibung, aber keine Begriffsbestimmung gibt Schollmeyer (Das Recht der Schuldverhältnisse, 1900.) S. 95: (objektive) „Unmöglichkeit der Leistung liegt dann vor, wenn die Leistung von keinem anderen geleistet werden kann . . . den Gegensatz bildet die subjektive Unmöglichkeit. Der rechtliche oder faktische Grund der Unmöglichkeit liegt in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners. Die Leistung ist an sich möglich, nur der Schuldner kann sie nicht machen."

[6]) H. A. Fischer. (Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre). 1904. S. 8ff. ist der Ansicht, es liesse sich überhaupt ein für alle denkbaren Fälle zutreffendes Kriterium der Unmöglichkeit der Leistung nicht auffinden und beschränkt sich daher darauf, an einzelnen Beispielen die in Frage kommenden Begriffe zu erörtern. (a. a. O. S. 18ff.)

Weit eingehender als die soeben zitierten Schriftsteller begründet Titze[1]) seine Ansicht.

Er unterscheidet zwischen dem logischen und dem juristischen Begriff der Unmöglichkeit der Leistung. Im Sinne der Logik sei die Leistung erst dann unmöglich, wenn ihrer Realisierung Hindernisse entgegenständen, die menschliche Kraft nach allgemeiner Erfahrung nicht überwinden könne.

Diesen Begriff dürfe die Rechtsordnung aber nicht ohne weiteres annehmen, sie müsse ihn vielmehr ausdehnen, damit er auch diejenigen Fälle mitumfasse, in denen die Leistung zwar an sich bewirkt werden könne, aber unbillig hohe Opfer des Schuldners beanspruchte. Die so entstandene Divergenz zwischen dem Rechtsbegriff und der philosophischen Definition der Unmöglichkeit der Leistung beruhe auf der im § 242. B. G.-B. zu Tage tretenden Tendenz des Gesetzes, den Schuldner vor unbilliger Ueberanstrengung seiner Kräfte zu schützen.[2])

Allerdings verkennt Titze nicht, dass nach seiner Definition die Grenze zwischen der rechtlich möglichen und der rechtlich unmöglichen Leistung häufig schwierig zu finden sein wird, aber er meint, man solle die Entscheidung darüber, ob man vom Schuldner billiger Weise noch die Erfüllung verlangen könne oder nicht, im einzelnen Falle getrost dem Richter überlassen.[3])

---

[1]) a. a. O. S. 2—8.

[2]) Vgl. auch Rehbein, das B. G.-B. mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. Bd. 2. 1903. S. 114, der gleichfalls auf die bona fides und § 242 B. G.-B. verweist.

[3]) Einen ähnlichen Standpunkt vertritt Kisch I S. 12 ff. Nach seiner Ansicht wird „regelmässig eine Leistung, die nur unter äusserster Kraftanstrengung und unter Anwendung ganz unverhältnismässiger Mittel noch bewirkt werden kann, im Sinn der Rechtsordnung nicht mehr als möglich zu behandeln sein. Sache der richterlichen Würdigung ist es dann, im Einzelfall abzuwägen, inwiefern nach der Auffassung des Verkehrs und dem vernünftigen Sinn des Vertrages — die absolut mögliche — Leistung vom Schuldner noch verlangt werden kann". In seiner Be-

Gegen die von Titze verfochtene Unterscheidung wendet sich Kleineidam[1]) in Jherings Jahrbüchern.

Er will nur den logischen Begriff der Unmöglichkeit der Leistung anerkennen, da der Rechtsbegriff bereits in dem philosophischen enthalten sei.

Nach seiner Ansicht gehört nämlich auch die Kraftanstrengung, die der Gläubiger vom Schuldner verlangen könne, ebenso wie Ort und Zeit zu den wesentlichen Momenten des Leistungsinhalts.

Darin findet er[2])

> „die Berechtigung, auch rein logisch betrachtet, die Leistung schon dann für unmöglich zu erklären, wenn ihr Erfolg durch eine überobligationsmässige Anstrengung gleichwohl zu erreichen wäre. Das Leisten ist dann auch rein logisch betrachtet, unmöglich, weil zwei gleich wesentliche Momente seines Inhalts — Kraftanstrengung und Ziel — in einem solchen Missverhältnisse zu einander stehen, dass ihre gleichzeitige Verwirklichung ausgeschlossen ist. Entweder wird nur das obligationsmässige Leisten gewährt, dann wird das Ziel nicht erreicht. Oder es wird das Ziel erreicht; dann aber genügt nicht das obligationsmässige Leisten, sondern nur eine höhere Anstrengung, also ein aliud."

Im folgenden wollen wir nun zu zeigen versuchen, dass wir weder den Rechtsbegriff Titzes noch die philosophisch-logische Definition Kleineidams annehmen können.

Zunächst ist an Titzes Ansicht auszusetzen,

> „dass der Ausdruck „billigerweise" nichts definiert, denn irgendwelche Grenzen zieht er nicht, viel-

---

sprechung der Titze'schen Arbeit (II. S. 507 ff.) hat Kisch sich ausdrücklich zu Gunsten der Unterscheidung zwischen juristischer und logischer Unmöglichkeit der Leistung ausgesprochen, ohne indessen in allen Punkten die von Titze angeführten Argumente für stichhaltig anzuerkennen. (Vgl. insbesondere Anm. 23).

[1]) II. S. 110.

[2]) a. a. O. S. 111.

mehr sagt er im Gegenteil, dass der einzelne Fall in sich unabhängig von einer einschneidenden Definition die Entscheidung bringen müsse.“ [1] [2])

Ebenso läuft Kleineidams Kraftanstrengungstheorie am Ende darauf hinaus, dass der Richter im einzelnen Falle zu entscheiden habe, ob die dem Schuldner zugemutete Kraftanstrengung überobligationsmässig sei, eine Feststellung, die sehr häufig unmöglich sein dürfte, da Parteiabrede und Verkehrsanschauung meist keine genügenden Anhaltspunkte bieten werden.

Ferner ist beiden Schriftstellern mit Recht vorzuwerfen, dass sie lediglich die Interessen des Schuldners berücksichtigen.[3])

Dass diese angeblich sozialpolitische Tendenz gerade mit ihren Billigkeitsgrundsätzen zu den unbilligsten Resultaten führen muss, ist leicht zu zeigen.

Man denke nur an den Fall, dass der Mieter bei Beendigung des Mietsverhältnisses schwer erkrankt ist. Hier will die herrschende Meinung[4]) die Räumung der Wohnung kurzerhand für unmöglich erklären.

Die Einseitigkeit dieser Auffassung wird schlagend durch den Umstand bewiesen, dass durch die Befreiung des Schuldners

„die Folgen eines Unglücks Personen aufgebürdet werden, die das Unglück garnicht getroffen hat“.[5])

Zunächst wird nämlich der Vermieter aufs schwerste geschädigt. Denn er kann von dem erkrankten Mieter weder Mietszins für die Weiterbenutzung der Wohnung fordern, weil eine relocatio tacita nicht vorliegt, noch erhält er von ihm Schadenersatz für den Mietsausfall, weil den Kranken ja kein Verschulden trifft.

---

[1]) Mathies a. a. O. S. 7.

[2]) Gegen die Elastizität des Titze'schen Rechtsbegriffs vgl. insbesondere auch H. A. Fischer a. a. O. S. 15.

[3]) vgl. Mathies a. a. O. S. 10. Binder, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1902. S. 601. H. A. Fischer, S. 13 ff.

[4]) a. M. Die in der vorigen Anmerkung Zitierten.

[5]) Mathies, a. a. O. S. 11.

Auch eine Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung dürfte meist aussichtslos sein, da der kranke Mieter seinerseits den Mietszins für die von ihm in einem anderen Hause gemietete Wohnung zahlen muss,[1]) sodass der Vorteil den er durch die ungerechtfertigte Innehabung der bisherigen Wohnung hat, dadurch wieder ausgeglichen wird, mithin von einer Bereicherung nicht die Rede sein kann.

Aber unter der Krankheit des zur Räumung Verpflichteten hat nicht nur der Vermieter, sondern auch der neue Mieter zu leiden, weil er seine bisherige Wohnung verlassen muss und in die neuen Räume nicht einziehen kann.

Für den Schaden, den er dadurch erleidet, dass er mit seiner Familie ins Hôtel ziehen muss, kann er weder den Vermieter noch den kranken Inhaber der Wohnung irgendwie verantwortlich machen, da beide weder schuldhaft gehandelt haben, noch ungerechtfertigt bereichert sind.

An dem soeben behandelten Beispiele haben wir deutlich gesehen, wie die von uns bekämpfte Ansicht für den Schuldner und gegen den Gläubiger Partei nimmt und zu welchen Resultaten sie infolgedessen gelangt.

Es kann ihr aber auch der Vorwurf nicht erspart werden, dass sie in ihrem Bestreben den Schuldner auf Kosten des Gläubigers zu entlasten, sich sogar über das positive Recht hinwegsetzt.

So wollen das Reichsgericht[2]) und das Oberlandesgericht Braunschweig[3]) und mit ihnen Titze den Verkäufer liberieren, wenn er durch einen in seiner Gegend ausbrechenden Bergarbeiterstreik an der Lieferung der versprochenen Kohlen verhindert wird. Zweifellos liegt doch hier eine Gattungsschuld vor, und es ist nicht einzusehen, weshalb das Risiko entgegen der klaren Bestimmung des Gesetzes dem Gläubiger aufgebürdet werden soll.

---

[1]) § 552. B. G.-B.
[2]) Bd. 28. S. 224.
[3]) Seuffert Archiv Bd. 47. No. 20.

Aber die väterliche Fürsorge, die Titze und Kleineidam für den Schuldner zeigen, kann nicht nur die Gegner ihres Schützlings, sondern auch diesen selbst in die ärgste Verlegenheit bringen.

Sehr oft wird nämlich gerade dem Verpflichteten alles daran liegen, den abgeschlossenen Vertrag aufrecht zu erhalten, selbst wenn er ihn mit unbilliger, überobligationsmässiger Kraftanstrengung erfüllen müsste.

Besonders deutlich zeigt dies ein von Reinke[1]) angeführter Fall.

Ein Sänger wird am Abend seines Auftretens plötzlich zum Begräbnisse eines nahen Angehörigen gerufen. Nach der Ansicht der Gegner wäre hier sicher die Leistung für unmöglich zu erklären. Denn es unterliegt doch keinem Zweifel, dass die Ueberwindung des Schmerzes um den Verstorbenen dem Verpflichteten zwar das Auftreten nicht absolut unmöglich macht, aber doch eine so überobligationsmässige „Kraftanstrengung" von ihm verlangt, dass sie ihm „billigerweise" nicht zugemutet werden darf. Der Gastspielvertrag ist also jedenfalls nichtig. Damit ist aber dem Sänger, der sich vielleicht in der grössten Geldverlegenheit befindet und an die weite Reise zur Beerdigung überhaupt nicht denken kann, garnicht geholfen: Im Gegenteil: Selbst wenn er mit überobligationsmässiger Kraftanstrengung seinen Schmerz unterdrücken wollte, so könnte ihn der Direktor mit vollem Rechte am Auftreten verhindern, weil sein Vertrag mit dem Sänger ja inzwischen nichtig geworden ist.[2])

---

[1]) a. a. O. S. 17.

[2]) Das Mittel, mit dem Reinke aus dieser Kalamität heraushelfen will, kann unsere Billigung nicht finden. Denn es ist völlig gegen den Geist des § 242 B. G.-B., wenn er aus ihm eine „Einrede"(!) der überobligationsmässigen Kraftanstrengung konstruieren will. Grade diesen Paragraphen hat der Richter stets von Amts wegen zu berücksichtigen, er darf nie darauf warten, dass die Schuldner ihn an das Prinzip der bona fides erinnere. Ausserdem spricht schon der Wortlaut des Gesetzes gegen Reinke: Würde das B. G.-B. die von

Haben wir somit gezeigt, dass die „sozialpolitische“ Tendenz der Gegner zu Resultaten führt, die gegen jede Billigkeit, entweder den Schuldner oder den Gläubiger und Dritte aufs schwerste schädigen, so wollen wir nunmehr nachweisen, dass der Unmöglichkeitsbegriff des B. G.-B. weder mit der philosophisch-logischen Definition Kleineidams noch mit dem Rechtsbegriff Titzes identisch ist.

Das geht deutlich aus den §§ 251, 633 Abs. II. Satz 2 und 948 Abs. II hervor, die nach Titze[1]) gerade dartun sollen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch die übermässig schwierige Leistung der unmöglichen gleichstellt.[2])

Betrachten wir nun zunächst den § 251; er lautet:

„Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen.“

„Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich(!) ist.“

Das Erste, was uns an der Fassung dieses Paragraphen auffällt, ist die scharfe Gegenüberstellung der „unmöglichen“ Naturalrestitution im Absatz I mit der „unverhältnismässige Aufwendungen“ erfordernden „Herstellung“ im Abs. II.

Nach Titze und Kleineidam müsste doch eigentlich der zweite Absatz höchst überflüssig sein, da diese Schriftsteller auch die unverhältnismässig schwierige Leistung zu den unmöglichen rechnen.

Reinke erfundene Einrede wirklich kennen, so müsste § 242 ungefähr folgendermassen lauten:

„Der Schuldner darf die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn die Bewirkung derselben gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstossen würde.“

[1]) a. a. O. S. 3, Anm. 3.

[2]) Vgl. Kisch II S. 509, der ausdrücklich betont dass, die cit. Paragraphen nicht für, sondern gegen Titze zu verwerten seien.

Wenn das Gesetz also den Abs. II trotzdem schuf, so ist dies nur so zu erklären, dass es der entgegengesetzten Ansicht ist und diejenige „Herstellung", die vom Ersatzpflichtigen unverhältnismässige Opfer fordert, durchaus für möglich hält.

Dass dies der Fall ist, beweist zunächst der klare Wortlaut des Abs. II mit unverkennbarer Deutlichkeit.

Vor allen Dingen aber geht aus der geradezu entgegengesetzten Regelung der in den beiden Absätzen des § 251 angeordneten Rechtsfolgen zweifellos hervor, dass das Gesetz von einer rechtlichen Gleichstellung der Unmöglichkeit und der unverhältnismässigen Schwierigkeit der Leistung, wie sie Titze und Kleineidam annehmen, weit entfernt ist.

Denn sonst müsste es dem Ersatzpflichtigen die nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen durchführbare Herstellung des bisherigen Zustandes erlassen und ihm an ihrer Stelle wie im Abs. I eine Geldentschädigung auferlegen.

Statt dessen ist und bleibt der Schuldner trotz der erforderlichen überobligationsmässigen Kraftanstrengung zur Naturalrestitution verpfichtet und das Gesetz gibt ihm nur das Recht seine Verbindlichkeit durch eine andere Leistung, nämlich Geldersatz, zu tilgen (facultas alternativa!).

Zu den gleichen Ergebnissen führt uns eine kurze Betrachtung des § 633 Abs. II:

> „Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert."

In diesem Paragraphen ist dem Unternehmer jene Einrede „der überobligationsmässigen Kraftanstrengung" gewährt, die Reinke[1]) mit Unrecht jedem Schuldner geben wollte.

---

[1]) Vgl. oben Anm. 2, S. 14.

Charakteristisch ist auch hier wieder die verschiedene rechtliche Behandlung von Unmöglichkeit und unverhältnismässiger Leistungsschwierigkeit.

Die erstere ist eine rechtsvernichtende Tatsache, auf die sich Gläubiger und Schuldner in gleicher Weise berufen können, die letztere begründet eine Einrede, die der Richter erst dann berücksichtigen darf, wenn sie vom Verpflichteten geltend gemacht wird.

Dieser Unterschied ist daraus leicht zu erklären, dass das geltende Recht die Leistung trotz des unverhältnismässigen Aufwandes noch für möglich erachtet und dem Schuldner die Wahl überlässt, ob er es für seine Interessen vorteilhafter hält, seine an sich existierende Verbindlichkeit zu erfüllen oder nicht.

Eine Gleichstellung der unmöglichen Leistung mit der unverhältnismässig schwierigen finden wir nur im § 948, Abs. II:

> „Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismässigen Kosten verbunden sein würde".

Nach dem soeben Gesagten dürfte jedoch ohne weiteres klar sein, dass diese Bestimmung des Gesetzes nicht etwa selbstverständliche Dinge noch einmal hervorhebt, wie Titze meint, sondern durchaus nötig war, um zwei völlig verschiedene Tatbestände wenigstens in ihren Rechtsfolgen ausnahmsweise gleichmässig zu behandeln.

Die soeben besprochenen drei Paragraphen ergeben aber noch ein anderes Argument gegen die von uns bekämpfte Lehre.

Titze und Kleineidam operieren mit dem Begriffe der „unbillig schweren Leistung" und ordnen ihn dem Oberbegriff der unmöglichen Leistung, wenn auch in verschiedener Weise, unter. Die Aufstellung jenes Begriffes würde sich aber nur rechtfertigen lassen, wenn sich in allen Fällen, in denen das Gesetz von „unbillig schweren Leistungen" spricht, eine nach denselben einheitlichen

Gesichtspunkten erfolgende übereinstimmende Regelung der Rechtsfolgen nachweisen liesse. Das B. G.-B. lässt nun aber ein derartiges Rechtsprinzip völlig vermissen, wie ein Vergleich der in Betracht kommenden Bestimmungen zeigt.

Im § 251 begründet die unverhältnismässig grosse Schwierigkeit der Leistung eine facultas alternativa des Schuldners, im § 633 Abs. II ist sie das Fundament einer Einrede, während sie im § 948 Abs. II der Unmöglichkeit der Leistung in ihren Wirkungen gleichgestellt wird.

In diesen völlig von einander abweichenden Normen ist eine übereinstimmende Regelung der verordneten Rechtsfolgen, welche die Formulierung eines einheitlichen Rechtsbegriffs der „unverhältnismässig schwierigen Leistung" rechtfertigen könnte, nicht zu finden.[1])

Fassen wir nunmehr das Resultat unserer Untersuchung zusammen, so müssen wir sagen, dass die Definitionen von Titze und Kleineidam einerseits den Richter bei Entscheidung des einzelnen Falles völlig im Stich lassen,

---

[1]) H. A. Fischer (a. a. O. S. 17. Anm. 23), der im übrigen gegen Titze und Kleineidam im Sinne der von uns im Text vertretenen Ansicht polemisiert, gibt zu, dass aus den cit. Paragraphen die Tendenz hervorleuchte, den Schuldner vor unbillig hoher Anstrengung zu schützen, meint aber, man täte besser, wenn man schon einmal darin die Wirkungen eines einheitlichen Prinzips im Sinne von Titze und Kleineidam erblicken wolle, sich auf § 242 B. G.-B. zu berufen.

Indessen verkennt er keineswegs, dass die vom Gesetze getroffene Regelung durchaus kasuistisch ist und den Schuldner nicht immer vor einem unbilligen Leistenmüssen völlig schützt. U. E. ist hierin das entscheidende Moment zu erblicken. Zur Aufstellung eines juristischen Begriffs, der für das positive Recht von Wert sein soll, genügt es nicht, wenn das Gesetz an verschiedenen Stellen denselben Tatbestand mit denselben oder ähnlichen Worten bezeichnet, es reicht auch nicht aus, wenn sich eine gewisse einheitliche Tendenz nachweisen lässt, sondern es ist unbedingt erforderlich, dass die verordneten Rechtsfolgen im Wesentlichen ein und dieselbe Struktur aufweisen. Dass dies hier nicht der Fall ist, haben wir oben nachgewiesen.

andererseits auch zu ungerechten Ergebnissen führen und vor allen Dingen mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht in Einklang stehen.

Die Ursache dieser Fehler ist lediglich darin zu finden, dass die Gegner infolge ihrer einseitigen Berücksichtigung der Interessen des Schuldners den Begriff der Unmöglichkeit der Leistung zu weit gefasst haben. Die „überobligationsmässige Kraftanstrengung", die dem Schuldner „billigerweise" nicht zugemutet werden kann, darf nach dem Vorhergehenden nicht als ein Merkmal einer unmöglichen Leistung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs anerkannt werden.

Wenn wir sie daher aus den Begriffen von Titze und Kleineidam völlig eliminieren, so erledigen wir nicht nur den Streit zwischen diesen Schriftstellern, sondern gelangen auch so zu folgender einheitlicher Definition:

> „Unmöglichkeit der Leistung ist dann vorhanden, wenn der Bewirkung der Erfüllung Hindernisse entgegenstehen, die nach menschlicher Erfahrung unüberwindlich sind."

Blicken wir nunmehr auf den Anfang unserer Erörterungen zurück, so scheint es uns zunächst, als stimme der soeben von uns aufgestellte Begriff mit der logischen Definition Titzes (vgl. oben S. 10) völlig überein. Bei näherer Betrachtung werden wir aber einen tiefgreifenden Unterschied zwischen beiden Unmöglichkeitsbegriffen, von denen der eine dem Reich abstrakter Philosophie, der andere dem des geltenden Rechts — also einem wesentlich verschiedenen Gebiete — angehört, deutlich feststellen können.

Die Logik sieht nämlich eine Leistung erst dann als „bewirkt" an, wenn alle Merkmale des Leistungsinhalts realisiert sind.

Der Jurist kann natürlich nicht soweit gehen. Er unterscheidet zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen der Erfüllung und lässt auch diejenige Leistung als schuldgemäss gelten, die nur in unwesent-

lichen Punkten von den Vereinbarungen der Parteien abweicht. Damit entspricht er den Anforderungen des praktischen Lebens, weil bei strenger Durchführung des logischen Begriffs der Unmöglichkeit der Leistung der Chikane Tür und Tor geöffnet wäre.[1])

Im Grunde genommen ist allerdings der Rechtsbegriff der Unmöglichkeit der Leistung mit dem philosophisch-logischen sehr nahe verwandt. Das zeigt sich besonders in der völlig gleichmässigen Behandlung der wesentlichen Bestandteile des Leistungsinhalts. Stehen nämlich der Verwirklichung eines solchen Moments unüberwindliche Hindernisse entgegen, so erkennt auch der Gesetzgeber — wenigstens bei der objektiven Unmöglichkeit der Leistung — die von der Logik gebotene Folgerung rückhaltlos an und lässt die zersetzende Wirkung des logischen Widerspruchs zwischen Leistensollen und Nichtleistenkönnen in der Nichtigkeit des Schuldvertrages deutlich genug zu Tage treten.[2])

Ferner sei darauf hingewiesen, dass auch unsere Definition mit einer gewissen Elastizität ausgestattet ist.

Denn die menschliche Erfahrung, die der Richter bei Entscheidung der Frage, ob Unmöglichkeit der Leistung vorliege oder nicht, zu Grunde legen muss, befindet sich in beständiger Fortentwickelung. Was gestern noch für unmöglich galt, ist heute vielleicht schon ein gelöstes Problem; der römische iudex hat manches Erfüllungshindernis für

---

[1]) Vgl. Reinke a. a. O. S. 17.

[2]) Trotz dieser Uebereinstimmung zwischen Gesetz und Logik darf jedoch nicht vergessen werden, dass der Begriff der Unmöglichkeit der Leistung, den das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, dem Gebiete des geltenden Rechts angehört (vgl. oben S. 19. Eine vorwiegend von logischen oder allgemein-rechtlichen Gesichtspunkten ausgehende Behandlung der Materie, wie wir sie besonders bei Titze und Kleineidam finden, dürfte daher die Erkenntnis des positiven Rechts weniger fördern können, als eine in dem bekannten römischen Satze: regula ex iure fit, non ius ex regula ihren leitenden Grundsatz erblickende Methode.

unüberwindlich gehalten, das heutzutage vom Schuldner nicht mehr mit Erfolg vorgeschützt werden kann.[1])

Zum Schlusse wollen wir die von uns aufgestellte Definition gegen den Vorwurf verteidigen, sie berücksichtige zu wenig die Interessen des Schuldners und stehe in einseitiger Weise auf der Seite des Gläubigers.

Gewiss wollen wir zugeben, dass der wirtschaftlich Schwache im Kampfe ums Dasein geschützt werden müsse. Die Arbeiterversicherungsgesetze haben zweifellos ebenso sehr eine Berechtigung wie die gegen den Wucher gerichteten Bestimmungen und andere sozialpolitischen Rechtsnormen.

Indessen darf dies an sich durchaus richtige Bestreben nicht soweit führen, den Gläubiger bei der Verwirklichung seines Rechts völlig von dem billigen Ermessen des Richters abhängig zu machen.

Ein derartig verallgemeinernder Standpunkt würde zweifellos weit über das Ziel hinausschiessen und gerade das Entgegengesetzte der erstrebten Wirkung erreichen.

Denn in unserer arbeitsteilig organisierten Volkswirtschaft ist jeder Einzelne nicht nur Schuldner, sondern auch Gläubiger, infolgedessen würden unter einer naturgemäss schwankenden Billigkeitspraxis und den durch sie hervorgerufenen langwierigen und unsicheren Prozessen die wirtschaftlich schwachen Volkskreise im Verhältnis tatsächlich vielmehr zu leiden haben als die kapitalkräftigen Klassen, da die ganze Existenz des Armen auf einer schnellen und zuverlässigen Realisierung seiner Forderungen beruht.

Ein lediglich auf der aequitas aufgebautes Schuldrecht würde nun aber nicht nur gerade für die Klassen, die es angeblich schützen will, verderblich werden, sondern

[1]) Trotzdem wird der Richter, der bei Ermittelung der Grenzlinie zwischen Unmöglichkeit und Möglichkeit unsere Begriffsbestimmung anwendet, in den allgemeinen Erfahrungssätzen seiner Zeit einen zuverlässigeren Stützpunkt finden, als das billige Ermessen auf das ihn Titze und Kleineidam, verweisen, ihm zu bieten vermag.

auch dem ganzen Verkehrsleben unermesslichen Schaden zufügen.

Jenes Prinzip der Arbeitsteilung, das in Verbindung mit der modernen Organisierung des Kredits den Grundpfeiler unserer heutigen Volkswirtschaft bildet, ist nur durchführbar, wenn das einzelne Schuldverhältnis — das ja nicht nur juristische Bedeutung hat, sondern auch einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt — in seiner Existenz und seiner Wirksamkeit soweit wie möglich gegen jede Anzweiflung geschützt wird.

Wenn dagegen die Parteien niemals bei Abschluss eines Schuldvertrages mit Bestimmtheit darauf rechnen können, dass der lediglich nach Billigkeitsprinzipien entscheidende Richter ihre Vereinbarungen für wirksam erachten werde, so entsteht naturgemäss eine allgemeine Unsicherheit und Stockung im gesamten wirtschaftlichen Leben des Volkes und mit ihr eine tiefgehende Erschütterung des Vertrauens zur Rechtspflege.

Somit glauben wir nachgewiesen zu haben, dass der scheinbar gegen unsere Definition zu erhebende Vorwurf antisozialer Tendenzen in Wahrheit einer inneren Berechtigung entbehrt, und glauben dadurch ein weiteres Argument für die Richtigkeit der von uns vertretenen Ansicht gewonnen zu haben.

2. Arten der Unmöglichkeit der Leistung.

a) Uebersicht.

§ 3.

Nachdem wir im vorigen Paragraphen zu einer Definition der Unmöglichkeit der Leistung gelangt sind, wollen wir nunmehr die einzelnen Arten derselben einer kurzen Betrachtung unterziehen.

Mommsen[1]) unterscheidet zwischen natürlicher und juristischer Unmöglichkeit der Leistung, jenachdem Unzulänglichkeit der Mittel und der natürlichen Fähigkeiten oder

[1]) a. a. O. S. 5.

ein Satz des positiven Rechts die Bewirkung der Leistung verhindert.[1])

So steht z. B. der Lieferung einer nicht mehr existierenden Sache das Naturgesetz, der Verschaffung einer res extra commercium die Rechtsordnung entgegen.

Indessen entbehrt diese Einteilung jeder praktischen Bedeutung, da sie im Gesetze keine Berücksichtigung gefunden hat.

Das Gleiche gilt von dem Gegensatz zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit. Als Beispiel für die absolut unmögliche Leistung nennt Mommsen[2]) die Lieferung eines hippocentaurus. Hier liegt der Grund der Unmöglichkeit „schon in der Natur der Leistung an sich", dagegen ist die Lieferung einer bereits untergegangenen Sache nur relativ unmöglich, weil sie durch die besonderen Umstände des konkreten Falles verhindert wird.

Viel wichtiger ist eine andere Einteilung, die das B. G.-B. neugeschaffen hat.

Es unterscheidet nämlich zwischen der vom Schuldner zu vertretenden und der von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung. Das Gesetz hat nun zwar den Grad der Haftung bei den einzelnen Schuldverhältnissen verschieden bestimmt, indessen enthält auch der Allgemeine Teil des zweiten Buches einige generelle Normen darüber.

Den leitenden Grundgedanken finden wir im § 276, welcher in Ermangelung anderer gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung den Schuldner für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit verantwortlich macht.

Aber nicht nur für sein eigenes Verschulden muss der Verpflichtete einstehen, seine Haftung wird vielmehr noch dadurch erweitert, dass er in gleichem Umfange dolus und culpa seines gesetzlichen Vertreters und derjenigen Personen zu vertreten hat, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. (§ 278).

---

[1]) Vgl. Biermann a. a. O. S. 76.

[2]) a. a. O. S. 4.

Eine Ausnahme von der im § 276 aufgestellten Grundregel macht ferner § 279, der den Schuldner nur beim Untergang der gesamten Gattung zu der der Leistungsgegenstand gehört, von seiner Verbindlichkeit frei werden lässt.

Die soeben besprochenen Rechtssätze sind sämtlich dispositiver Natur, das Gesetz hat auch auf diesem Gebiete dem Willen der Parteien freien Spielraum gelassen.

Die einzige Schranke, über die sie nicht hinaus können, bildet § 276 Abs. 2, der das pactum ne dolus praestetur verbietet.[1])

Auch die Unterscheidung zwischen völliger und teilweiser Unmöglichkeit der Leistung spielt im Gesetz eine wichtige Rolle.[2])

Jede Obligation wird charakterisiert durch Zeit, Ort und Gegenstand der Leistung. Ist die Verwirklichung aller „drei Seiten der Leistungspflicht" ausgeschlossen, so liegt zweifellos totale Unmöglichkeit vor.

Welche Wirkung hat nun aber der viel häufiger eintretende Umstand, dass die Leistung nur nach einer Richtung hin nicht bewirkt werden kann?

Vor der Hand können wir eine einheitliche Antwort auf diese Frage nicht geben, wir müssen vielmehr im einzelnen untersuchen, inwiefern die Hindernisse, die Ort, Zeit und Gegenstand der Bewirkung der Leistung entgegensetzen, den Bestand der Obligation beeinflussen. Hier kommt es vor allen Dingen darauf an, welche Bedeutung der einzelnen „Seite" im Verhältnis zu dem gesamten Inhalte des Schuldverhältnisses beizumessen ist.

Wir betrachten zunächst die Rolle des Erfüllungsortes. Zweifellos steht fest, dass, wenn eine im übrigen ordnungsgemässe Leistung an dem vereinbarten Orte nicht bewirkt werden kann, von einer vollständigen Erfüllung nicht mehr die Rede sein darf, weil der gesamte Inhalt der Obligation, bei dem auch die räumliche Seite nicht ausser

[1]) Vgl. aber § 278, S. 2, B. G.-B.

[2]) Vgl. zum folgenden Titze a. a. O. S. 31 ff. und H. A. Fischer a. a. O. S. 33 ff.

Acht zu lassen ist, sich eben nicht mehr verwirklichen lässt, Hier kann es sich lediglich darum handeln, ob totale oder nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist. Bei Beantwortung dieser Frage kommt es wesentlich auf die Umstände des einzelnen Falles an.

Es kann sehr wohl möglich sein, dass das lokale Moment eine derartige Bedeutung für die Parteien hat, dass eine Leistung an einem andern als dem ausbedungenen Orte überhaupt keine Erfüllung im Sinne des Schuldverhältnisses mehr ist.[1])

So liegt z. B. totale Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn ein Armeelieferant, der eine Festung mit Proviant versehen soll, seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann, weil dieser Erfüllungsort vom Feinde belagert wird.[2])

In der Mehrzahl der Fälle werden wir es aber nur mit teilweiser Unmöglichkeit der Leistung zu tun haben.

Denn wenn die Leistung trotz der notwendig werdenden Abweichung von den Vereinbarungen über den Erfüllungsort immer noch einen — wenn auch verminderten — Wert für die Parteien hat, so liegt der „Schwerpunkt der Obligation“ nicht mehr auf der lokalen Seite m. a. W. eine teilweise Verwirklichung ist ebensowenig ausgeschlossen, wie der Käufer unter normalen Verhältnissen eine sonst obligationsgemässe Erfüllung nicht deshalb völlig zurückweisen darf, weil die Ware nicht, wie vereinbart, in seiner Wohnung, sondern in seinem Geschäftslokal abgeliefert wurde.[3])

Was wir soeben von dem Einflusse des Leistungsortes sagten, gilt in gleicher Weise auch für die Leistungszeit.

Zunächst ist ohne weiteres klar, dass der Schuldner, der die ausbedungene Frist bezw. den vereinbarten Termin verstreichen lässt, seine Verbindlichkeit nicht mehr im vollen Umfange zu erfüllen vermag, denn

---

[1]) Titze a. a. O. S. 42.
[2]) H. A. Fischer a. a. O. S. 36.
[3]) Vgl. H. A. Fischer a. a. O. S. 36.

„die Leistung, die im Momente der Fälligkeit nicht bewirkt werden kann, ist eine vollständig mögliche nicht mehr.“[1])

Es fragt sich auch hier wiederum nur noch, ob totale oder nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist.

Meistens wird aus den Verabredungen der Parteien oder den Regeln des Verkehrs zu schliessen sein, dass bei Nichtinnehaltung der Leistungszeit dem Schuldner eine gewisse „Nachfrist“ zu gewähren ist, wobei natürlich eine den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmende Zeitgrenze nicht überschritten werden darf.[2])

Dagegen gibt es auch Fälle, in denen die Erfüllungszeit eine so ausschlaggebende Rolle spielt, dass ihre Verabsäumung nach dem Willen der Parteien die ganze Leistung entwertet.

Zum Schlusse wollen wir noch die dritte Seite der Obligation, nämlich den Gegenstand der Leistung, in ihrem Verhältnis zu dem gesamten Inhalt des Schuldverhältnisses betrachten.[3])

Bei einer im Rechtssinne unteilbaren Obligation sind naturgemäss Teilleistungen und damit auch die teilweise Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen; sodass es sich hier nur um völlige Möglichkeit oder um völlige Unmöglichkeit handeln kann.[4])

Im Gegensatz dazu ist bei den teilbaren Schuldverhältnissen stets zu prüfen, ob überhaupt nur ein aliud angeboten werden kann, oder ob der Schuldner wenigstens ein Objekt zu liefern imstande ist, das trotz Vorhandenseins gewisser Mängel immer noch als schuldgemäss anerkannt werden muss. Je nach Lage des einzelnen Falles ist daher bei notwendig werdenden Abweichungen von den Vereinbarungen über den Gegenstand der Erfüllung völlige oder nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen.

---

[1]) Titze a. a. O. S. 39.

[2]) Titze a. a. O. S. 35.

[3]) Vgl. Titze a. a. O. S. 42 und H. A. Fischer a. a. O. S. 34 ff.

[4]) Darüber, ob die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebereignung und Uebergabe der Kaufsache sich juristisch in zwei Teilobligationen zerlegen lässt, vgl. die in der vorigen Anmerkung zitierten.

Den Unterschied zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung werden wir im § 4, die Einteilung in objektive und subjektive Unmöglichkeit im § 5 erörtern.

Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit.

§ 4.

Das Gesetz erwähnt den Gegensatz zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung zwar nur bei den auf Vertrag oder Vermächtnis beruhenden Verbindlichkeiten, er kommt aber zweifellos bei allen auf Rechtsgeschäft beruhenden Schuldverhältnissen vor.[1])

Das B. G.-B. legt das entscheidende Gewicht auf den Augenblick, in dem der Vertrag perfekt wurde bezw. der Erbfall eintrat.

Ist die Unmöglichkeit der Leistung bereits in diesem Momente vorhanden, so ist sie eine anfängliche, tritt sie dagegen erst später ein, so muss sie als nachträgliche bezeichnet werden.

Bevor wir nun aber auf die innere Berechtigung dieser Unterscheidung näher eingehen können, müssen wir zunächst feststellen, wann im einzelnen der Augenblick der Perfektion anzunehmen ist, da hierüber bei einigen Arten von Verträgen Streit herrscht.

Einzelne Zweifelsfälle hat das Gesetz durch Aufstellung positiver Regeln entschieden.

Nach § 147 kommt der Vertrag inter praesentes zustande durch die sofortige Antwort des Oblaten.

Schreibt das Gesetz oder die Vereinbarung der Parteien die Beurkundung des Vertrages vor, so ist dieser im ersten Falle stets, im zweiten Falle im Zweifel mit der Beurkundung der Annahmeerklärung perfekt geworden.[2])

---

[1]) So insbesondere bei der Auslobung und den Inhaberschuldverschreibungen, vgl. Titze a. a. O. S. 52, Anm. 1.

[2]) § 152 B. G.-B.

Bei Verträgen unter Abwesenden ist der Eingang der Annahmeerklärung bei dem Offerenten massgebend, es sei denn, dass die antragende Partei auf eine Annahmeerklärung verzichtet hat, oder eine solche nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.[1])

Ferner ist der Vertrag auch dann bereits endgültig abgeschlossen, wenn das quid, quale oder quantum der Leistung noch durch eine Erklärung eines Vertragsteils oder eines Dritten festgestellt werden soll; denn das Bestehen einer Verbindlichkeit ist jedenfalls ausser Zweifel, es soll nur noch die nähere Bestimmung ihres Inhalts getroffen werden, der sich die Parteien deshalb zu beugen haben, weil sie sich ihr bereits beim Vertragsschlusse im Voraus unterworfen haben.[2])

Dagegen sind Zweifel darüber laut geworden; ob das nach Abschluss eines suspensiv-bedingten Vertrages aber vor Eintritt der Bedingung sich ergebende unüberwindliche Erfüllungshindernis als ursprüngliche oder nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung aufzufassen sei.

Schollmeyer[3]) will hier anfängliche Unmöglichkeit der Leistung annehmen.

Die überwiegende Mehrzahl der diese Frage behandelnden Schriftsteller steht dagegen u. E. mit Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkte.[4])

Denn selbst, wenn man die Möglichkeit einer Erfüllung vor Eintritt der Bedingung bestreitet,[5]) so ergeben sich doch gegen die von Schollmeyer vertretene Ansicht schwerwiegende Bedenken.

Der suspensiv-bedingte Vertrag erzeugt nämlich jedenfalls bereits durch seinen Abschluss eine „rechtliche Gebundenheit" der Parteien, wie die §§ 160—162 B. G.-B. beweisen.

---

[1]) § 151 B. G.-B.

[2]) Vgl. Kisch I, S. 26 ff. und H. A. Fischer S. 41.

[3]) a. a. O. S. 98, vgl. auch Rehbein a. a. O. S. 109.

[4]) Vgl. bereits Mommsen a. a. O. S. 1 und insbesondere Kisch I S. 27 ff., sowie H. A. Fischer a. a. O. S. 42 ff.

[5]) Vgl. H. A. Fischer S. 43.

Diese Rechtswirkung hört nun allerdings mit dem Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung auf, indessen kann nicht bezweifelt werden, dass sie bis zu diesem Momente bestanden hat.

Es kann daher von anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nicht gut die Rede sein, da eine solche die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages herbeiführen und das Entstehen jeglicher Rechtsfolgen von vornherein verhindern müsste.

Auch der Wortlaut des § 306 B. G.-B. lässt sich gegen Schollmeyer verwerten. Denn wenn der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein soll, so muss die Unmöglichkeit der Leistung bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehen, da die Parteien in diesem Augenblicke dem Rechtsgeschäfte die entscheidende Richtung geben.

Schliesslich muss auch das ungünstige Ergebnis der von uns bekämpften Ansicht berücksichtigt werden. Wenn nach Abschluss des Vertrages aber noch vor Eintritt der Bedingung sich ein Unvermögen des Schuldners ergibt, so müsste nach Schollmeyer der Schuldner stets vollen Schadensersatz leisten, trotzdem die Existenz seiner Verbindlichkeit noch garnicht endgültig feststeht. Dies ist eine unbillige Härte, wenn man bedenkt, dass er bei den unbedingt abgeschlossenen Schuldverträgen durch eine nach der Perfektion des Rechtsgeschäfts eintretende, von ihm nicht zu vertretende subjektive Unmöglichkeit der Leistung befreit wird.

Wenn wir nunmehr das Resultat unserer Betrachtungen ziehen, so werden wir die soeben besprochene Unmöglichkeit der Leistung ohne Bedenken für eine nachträgliche erklären können.[1] [2])

---

[1]) Eine ähnliche Situation führt bei denjenigen Verträgen, deren Wirksamkeit von einer Genehmigung abhängt, zu demselben Ergebnisse.

[2]) Vgl. über betagte Schuldverhältnisse Titze a. a. O. S. 54, Anm. 4. siehe aber auch Kisch II S. 516 ff. betreff derjenigen Obligation, die überhaupt erst mit Eintritt des Anfangstermins zur Entstehung gelangt.

Nach diesem Exkurse kehren wir wieder zu unserem eigentlichen Thema, der inneren Berechtigung des Unterschiedes zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung zurück.

Insbesondere hat Titze[1]) gegen diese Einteilung aus legislatorischen Gründen schwerwiegende Bedenken erhoben.

Er weist zunächst auf zwei praktische Schwierigkeiten hin, denen er aber selbst mit Recht eine wesentliche Bedeutung nicht zuerkennt.

Gewiss kann nicht geleugnet werden, dass sehr häufig der die Entscheidung über das Schicksal des Rechtsgeschäfts herbeiführende Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit der Leistung lediglich vom Zufall bestimmt wird, aber derartige oft widersinnige Resultate werden sich überhaupt nie völlig vermeiden lassen, wenn der Gesetzgeber im Interesse „der Praktikabilität des Rechts" — wie Jhering sich ausdrückt — dazu gezwungen ist, das zeitliche Moment zum massgebenden Faktor zu erheben.[2])

Ebensowenig kann die Tatsache, dass die Rechtswissenschaft in manchen Fällen schwankt, ob sie anfängliche oder nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung annehmen soll, Bedenken erregen, da eine ähnliche Unsicherheit bei sehr vielen anderen juristischen Begriffen gleichfalls zu beobachten ist.

Weit mehr Gewicht glaubt Titze auf die schwierige Stellung der beweisführenden Partei im Prozess legen zu müssen. Wir wollen nun zwar ohne weiteres zugeben, dass gerade bei den Rechtsgeschäften des täglichen Lebens die Vertragschliessenden sich nur in den seltensten Fällen später noch genau entsinnen können, an welchem Tage und zu welcher Stunde sie miteinander einig geworden sind, indessen scheint doch die Schuld an dieser probatio diabolica in letzter Linie nicht auf Seiten des Gesetzgebers allein zu

[1]) a. a. O. S. 54 ff

[2]) Man denke nur an die entscheidende Rolle, die der Zeitpunkt des Todes des Erblassers im Intestaterbrecht spielt.

liegen. Sie ist vielmehr ebenso wie die vielfach entstehenden Unklarheiten über den Inhalt des Vertrages eine nicht zu vermeidende Folge des Prinzips der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte, ohne das der moderne Verkehr nicht denkbar wäre.

Wenn also die Parteien die Vorteile der Befreiung vom Formzwange geniessen wollen, so müssen sie andererseits auch die damit verknüpfte Schwierigkeit des Beweises in Kauf nehmen.

Aber nicht sowohl aus praktischen Gründen als vor allen Dingen aus allgemein juristisch-logischen Betrachtungen heraus verwirft Titze de lege ferenda die Einteilung in anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung.

Bei der Frage, ob die zu bewirkende Leistung möglich sei oder nicht, kämen hauptsächlich der Zeitpunkt der Fälligkeit und der Moment, bis zu dem die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung im Sinn der Parteien angesehen werden könne, in Betracht. Demgegenüber entbehre es der inneren Berechtigung, wenn das Gesetz grundsätzlich den Zeitpunkt der Entstehung der Obligation entscheiden lassen wolle, da dieser nur eine untergeordnete Rolle spiele. Er sei zwar insofern von Bedeutung, als es nicht unbillig sei, den Schuldner, der beim Vertragsabschlusse seine Leistungsfähigkeit kannte oder kennen musste, strenger haften zu lassen; deswegen dürfe man aber noch nicht die Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung zum prinzipiellen Gegensatz erheben, wie es das B. G.-B. getan habe.

Diesen Ausführungen Titzes glauben wir unsere Zustimmung versagen zu müssen.

Nach geltendem Recht hat die Unmöglichkeit der Leistung nun einmal „obligationszerstörende Kraft.“[1])

Daraus ergibt sich aber die verschiedene rechtliche Behandlung der anfänglichen und nachfolgenden Unmöglich-

---

[1]) H. A. Fischer a. a. O. S. 39, vgl. auch Kisch II S. 546 ff.

keit der Leistung mit unabweisbarer Deutlichkeit von selbst. Ist nämlich die Bewirkung der Leistung von vorn herein unmöglich, so gelangt das Schuldverhältnis „wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung“ überhaupt garnicht erst zur Entstehung, dagegen zerstört die nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung nur ein bereits bestehendes Gläubigerrecht. Im ersten Falle ist der Schuldvertrag bereits von vorn herein nichtig, im zweiten dagegen erzeugt er zunächst rechtliche Wirkungen, die erst nachträglich wieder beseitigt werden.[1])

Wenn also das Gesetz zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung unterscheidet, so hat es damit nur „eine systemgemässe Konsequenz“ aus „dem Prinzip der befreienden Unmöglichkeit“ gezogen.

Demgegenüber sieht Titze eine Steigerung des vom Gesetzgeber angeblich begangenen juristisch-logischen Fehlers darin, dass er die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung nicht nur zur nachträglichen Unmöglichkeit, sondern auch zur nachträglichen Möglichkeit der Leistung in Gegensatz stelle.

Denn ebenso wie es gleichgiltig sei, ob eine Leistung, deren Bewirkung innerhalb des für die Erfüllung der Ver-

---

[1]) Besonders deutlich tritt die innere Verschiedenheit hervor, wenn die Unmöglichkeit der Leistung vom Schuldner zu vertreten ist. Erstens ist das Verschulden bei anfänglicher Unmöglichkeit ganz anders geartet als bei nachträglich eintretender „in dem ersteren Fall besteht es darin, dass die Partei die Verbindlichkeit zu einer Leistung eingeht, deren Unmöglichkeit sie kennt oder kennen muss, dass sie also vorsätzlich oder fahrlässig einen nichtigen Vertrag abschliesst, im zweiten Fall darin, dass sie ihre durch einen wirksamen Vertrag begründete Verpflichtung schuldhaft vereitelt.“ (Kisch II S. 547). Zweitens sind die in beiden Fällen entstehenden Entschädigungsansprüche völlig verschiedener Natur, bei schuldhafter Nichtkenntnis der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung kann nur das negative Interesse verlangt werden, während die zu vertretende Herbeiführung der nachträglichen Unmöglichkeit stets zum Ersatz des positiven Interesses verpflichtet. (Kisch II a. a. O).

bindlichkeit allein relevanten Zeitraumes nicht möglich sei, nach Ablauf desselben noch möglich werde, ebenso sei es gleichgiltig, wenn eine Leistung, die zu bewirken möglich sei, früher einmal unmöglich gewesen wäre.

„Ueberhaupt,“[1]) so fährt er fort, „hat das Urteil: eine Leistung ist in einem bestimmten Zeitpunkt unmöglich, nur dann einen Wert, wenn die Leistung in diesem Zeitpunkt zu bewirken ist. Da nun aber im Moment der Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung in der Regel nicht prästiert zu werden braucht, so kann das Urteil, insofern es nichts weiter besagt, als dass der Schuldner in diesem Zeitpunkt zu leisten ausser Stande ist, für die Beantwortung der Frage: welchen Einfluss hat die Unmöglichkeit der Leistung auf die schuldnerische Verbindlichkeit? nutzbringend offenbar nicht sein.“

Indessen entbehrt auch dieses Argument Titzes der inneren Berechtigung.[2]) Denn in Wahrheit lässt das Gesetz die anfängliche Unmöglichkeit gegenüber der nachträglich eintretenden Möglichkeit der Leistung zu völliger Bedeutungslosigkeit herabsinken. Dies beweist gerade § 308 B. G.-B., den Titze zu Gunsten seiner Ansicht anführt.

In dem cit. Paragraphen — der u. E. alle Fälle, in denen nach dem Willen der Kontrahenten die Leistung erst nach Vertragsabschluss bewirkt werden soll, mit umfasst, weil er nicht nur bei ausdrücklicher Verabredung einer Bedingung oder eines Anfangstermins Anwendung findet, sondern auch überall da Platz greift, wo die Hinzufügung eines dies a quo aus den Umständen zu entnehmen ist, (§ 271 B. G.-B.)[3]) — spricht das Bürgerliche Gesetzbuch

[1]) a. a. O. S. 58.

[2]) Vgl. insbesondere H. A. Fischer S. 40, Kleineidam II S. 115 ff, Reinke S. 30 f.

[3]) A. M. Titze, (S. 221 Anm. 16), der die Werklieferungsverträge und die Verträge über res speratae, die u. E. als stillschweigend betagte Rechtsgeschäfte unter § 308 Absatz 2 fallen, für besondere, vom positiven Recht zugelassene Ausnahmen von dem allgemeinen Prinzip des § 306 erklären muss.

zwar von einer „unmöglichen Leistung", indem es von dem allgemeinen Grundsatz des § 306 ausgeht. Indessen lässt sich nur der Wortlaut des Gesetzes gegen uns verwenden, denn die verordnete Rechtsfolge — Gültigkeit des Vertrages (!) — beweist zur Genüge, welchen überwiegenden Einfluss das positive Recht der nachträglich eintretenden Möglichkeit gegenüber der anfänglich vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung zuerkennt.

Objektive und subjektive Unmöglichkeit.

§ 5.

Schon die römische Jurisprudenz kannte den Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung. Am klarsten ist der Gegensatz in l. 137 §§ 4, 5; D. 45, 1; zum Ausdruck gelangt. In dieser Stelle unterscheidet Venuleius zwischen dem Mangel der facultas dandi, der nur den Schuldner, nicht aber andere an der Bewirkung der Leistung verhindert, und dem impedimentum naturale, das für alle Menschen unüberwindlich ist.

Auf Grundlage dieser Quellenstelle hat dann Mommsen den cit. Gegensatz im ersten Bande seiner Beiträge zum Obligationenrecht eingehend erörtert.[1])

Die im gemeinen Recht herrschende Meinung[2]) folgte ihm, und auch das B. G.-B. hat der Einteilung in (objektive) Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen des Schuldners, das man früher als subjektive Unmöglichkeit der Leistung bezeichnete, eine prinzipielle Bedeutung zuerkannt.[3])

---

[1]) a. a. O. S. 5, indessen ist seine Definition der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung nicht zutreffend, wie Titze (a. a. O. S. 60, Anm. 2) richtig bemerkt, weil bei der vom Schuldner selbst zu bewirkenden Leistung die lediglich in der Person des Verpflichteten liegenden Hindernisse nicht subjektive, sondern objektive Unmöglichkeit der Leistung begründen.

[2]) Vgl. u. a. Windscheid a. a. O. S. 81.

[3]) Der mit der bisherigen Ausdrucksweise nicht übereinstimmende Sprachgebrauch des B. G.-B. bedeutet in Wahrheit keine sachliche Abweichung von der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre; wir können daher die bisherigen termini technici auch weiterhin verwenden. Vgl. auch Motive S. 44 und 45.

Besonders deutlich können wir das Wesen des Gegensatzes zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung erkennen, wenn wir ihn, wie es Titze[1]) tut, bei den einzelnen in Frage kommenden Arten von Obligationen erörtern.

I. Ist die Verbindlichkeit auf ein dare gerichtet, und hat der Schuldner eine Speziessache zu liefern, so bedeutet ihr Untergang stets eine objektive Unmöglichkeit der Leistung, denn nicht nur der Schuldner, sondern auch jeder andere Mensch kann etwas Nichtvorhandenes nicht leisten. Ebenso ist objektive Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen, wenn ein Gegenstand abhanden gekommen ist und die Möglichkeit seiner Wiedererlangung nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen erscheint, wie dies bei den im Meere versunkenen Sachen anzunehmen ist.[2])

Die gleiche Entscheidung ergibt sich, wenn die verkaufte Sache vor der Uebergabe gestohlen wird und ihr Versteck sowie der Täter oder Hehler nicht ermittelt werden kann. Mit Unrecht will Titze)[3] hier nur subjektive Unmöglichkeit annehmen, da „dem Schuldner die zur Bewirkung der Leistung erforderliche Beziehung zum Leistungsgegenstande fehlt", vielmehr haben wir es „mit einem generellen Leistungshindernis für den grossen Kreis der Rechtsgenossen[4])" zu tun, sodass der Hinweis auf den Dieb oder Hehler, denen ja die Leistung möglich sei, nicht als stichhaltig anerkannt werden kann.

Schliesslich begründet der Mangel vereinbarter Eigenschaften der zu liefernden species in gleicher Weise objektive Unmöglichkeit wie die auf Rechtssatz beruhende Unfähigkeit des Gläubigers zur Annahme der Leistung.[5])

Handelt es sich dagegen um die Leistung einer nur generell bestimmten Sache, so liegt objektive Unmöglichkeit

[1]) a. a. O. S. 60 ff.
[2]) H. A. Fischer a. a. O. S. 19.
[3]) a. a. O. S. 61.
[4]) H. A. Fischer a. a. O. S. 19.
[5]) Z. B. kann der Ausländer in einigen Staaten kein Grundeigentum erwerben.

der Leistung erst dann vor, wenn entweder die Gattung als solche überhaupt nicht existiert, oder die Erlangung der Herrschaft über eines ihrer Exemplare mit den zur Zeit bekannten Mitteln nach menschlicher Erfahrung ausgeschlossen erscheint.

II. Bei den Schuldverhältnissen, deren Gegenstand nicht ein dare, sondern ein facere ist, muss man unterscheiden, ob der Hinderungsgrund in der Person des Schuldners liegt, oder ob er „in dem Gegenstande, an welchem, in welchem, mit welchem er tätig werden soll,“[1]) zu suchen ist.

Im ersteren Falle muss man das Hauptgewicht darauf legen, ob nach dem Willen der Partei die Leistung lediglich durch den Schuldner bewirkt werden soll oder ob sie auch von Dritten vorgenommen werden kann. Handelt es sich um eine „infungibele Leistung“[2]), so dürfte es keinem Zweifel unterliegen, dass jeder Umstand, der der persönlichen Arbeit des Verpflichteten ein unüberwindliches Hindernis bietet, eine objektive Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, weil nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses ein anderer überhaupt nicht zu erfüllen vermag.

Bei fungibelen Leistungen ist bei derartigen Erfüllungshindernissen natürlich nur von einem schuldnerischen Unvermögen die Rede.[3])

Von den soeben entwickelten Grundsätzen muss auch ausgegangen werden, wenn der Gegenstand, an dem der Schuldner tätig werden soll, zu Grunde geht. Ist er generell angegeben, so kann man nur von einem Unvermögen des Schuldners sprechen, wenn dieser sich das Substrat seiner Arbeit nicht zu beschaffen vermag; war er dagegen individuell bezeichnet, so liegt im gleichen Falle objektive Unmöglichkeit der Leistung vor.

Dasselbe gilt beim Versagen der Mittel, die der Verpflichtete anwenden soll. Auch hier kommt es darauf an,

---

[1]) Titze a. a. O. S. 67.

[2]) H. A. Fischer a. a. O. S. 20.

[3]) Vgl. insbesondere H. A. Fischer S. 20 ff. über fungibele und infungibele Leistungen.

ob ihm ein bestimmtes Werkzeug oder Verfahren vorgeschrieben oder ob ihm in dieser Beziehung freie Wahl gelassen worden ist.

III. Da bei der auf ein Unterlassen gerichteten Obligation der Schuldner stets in Person zu leisten hat, so ist hier lediglich objektive Unmöglichkeit denkbar.[1]) —

Auch die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung hat Titzes Billigung nicht finden können, ja er bekämpft sie noch schärfer als den Gegensatz zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung. Der hier als Kriterium der Unterscheidung verwandte Umstand habe mit der Leistungspflicht des Schuldners noch viel weniger zu tun, als der Augenblick der Entstehung des Schuldverhältnisses.

> „Da die Obligation nur ein Rechtsband um die Person des Gläubigers und des Schuldners schlingt, ersterer also die Leistung auf Grund des Schuldverhältnisses nur vom letzteren, nicht auch von dritten Personen zu verlangen berechtigt ist, so kann es für die Frage: welchen Einfluss hat das Nichtleistenkönnen des Schuldners auf dessen Leistungspflicht? unmöglich von Wichtigkeit sein, ob neben dem Schuldner andere Leute zur Bewirkung der Leistung fähig oder unfähig sind."

Auch hier begeht Titze wieder den Fehler, das Schuldverhältnis lediglich vom Parteistandpunkte des Verpflichteten aus anzusehen.[2])

Der Schuldner wird allerdings eine Berechtigung der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung nicht anerkennen wollen, umsomehr aber liegt sie im Interesse des Gläubigers, der die geschuldete Leistung — soweit sie natürlich nicht infungibel ist — von

---

[1]) Ueber die Frage, ob man überhaupt bei obligationes in non faciendo Unmöglichkeit der Leistung annehmen könne, vgl. Titze a. a. O. S. 14, Anmerk. 28, H. A. Fischer S. 7 u. 36, Kisch II, S. 510 ff.

[2]) Mathies a. a. O. S. 14.

jedem Dritten entgegen nehmen kann und zw. sogar invito et ignorante debitore.[1])

Hierin liegt u. E. das entscheidende Moment. Nicht juristisch-logische Erwägung, sondern lediglich die zwingende Macht des praktischen Bedürfnisses hat schon früh den Gesetzgeber mit Notwendigkeit dazu bewogen, in den Fällen, die wir heute als schuldnerisches Unvermögen bezeichnen, von einer prinzipiellen Befreiung des Verpflichteten abzusehen und damit zwischen den für alle Rechtsgenossen und den nur für den Schuldner unüberwindlichen Erfüllungshindernissen zu unterscheiden.

> „Der treibende[2]) zivilpolitische Gedanke war offenbar der, dass im grossen wirtschaftlichen Verkehrsleben sich der Gläubiger darauf muss verlassen können, dass ihm Leistungen, wie sie nach dem Durchschnittsmass von jedem Menschen bezw. von einer grösseren oder kleineren Gruppe von Menschen sehr wohl erbracht werden können, auch wirklich prästiert werden. Je mehr eine bestimmte Vertragsart dem wirtschaftlichen Grossbetriebe dient, desto

---

[1]) Im Gegensatz zu Titze billigt Kleineidam (I S. 4) den Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit und sucht seine innere Berechtigung auf der Basis seines philosophisch-logischen Begriffs nachzuweisen. Er behauptet, es fehle dem Unvermögen „jene Notwendigkeit des Nichtgeschehens“ und mit ihr der zersetzende logische Widersinn in dem Leistungsinhalte selbst, weil hier auch ein Dritter die Leistung an Stelle des Schuldners bewirken könne. Gegen diese Argumentation ist aber einzuwenden, dass bei einer reinlogischen Betrachtung de lege ferenda, wie wir sie Kleineidam finden, die vom positiven Recht lediglich aus praktischen Gründen zugelassene Möglichkeit der Erfüllung durch Dritte in keiner Weise berücksichtigt werden darf, weil sie vom Standpunkt abstrakter Theorie aus mit der Natur der Obligation als eines iuris vinculum, das ausser Gläubiger und Schuldner keine anderen Personen kennt, prinzipiell unvereinbar ist. Kleineidam hätte sich also konsequenter Weise nicht für, sondern gegen die vom positiven Recht getroffene Regelung entscheiden müssen.

[2]) H. A. Fischer a. a. O. S. 13 f.

mehr nimmt sie in Ansehung der durch sie begründeten Leistungspflichten objektive Merkmale in sich auf.“ —

„Kann der Schuldner bei derartig fungibelen Verkehrsobligationen persönlich die Leistung nicht erschwingen, so wäre abwegig und verkehrsfremd die Entscheidung, dass es von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Verschuldens des Schuldners an seiner persönlichen Hinderung abhängen müsse, ob er haften solle oder nicht. Eine derartige kurzsichtige Billigkeitserwägung entspricht nicht der höheren Gerechtigkeit, welche zu Gunsten des Verkehrs kategorisch erheischt, dass dem Gläubiger auf jeden Fall sein Interesse werde.“

Demnach ist das B. G.-B. nur zu loben, dass es den Unterschied zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen beibehalten hat; es würde de lege ferenda noch grössere Anerkennung verdienen, wenn es — wenigstens bei den fungibelen Verkehrsobligationen — den Gegensatz konsequent durchgeführt und dem nachträglich eintretenden Unvermögen eine befreiende Wirkung aberkannt hätte.[1])

---

[1]) Titze (a. a. O. S. 71) sucht ferner nachzuweisen, dass Unvermögen in Wahrheit nur teilweise (zeitliche) Unmöglichkeit sei, die sich späterhin in totale, für jedermann vorhandene Unmöglichkeit umwandle, indessen kann gegenüber der zwingenden Macht der wirtschaftlichen Notwendigkeit dieser vom Standpunkt strenger Logik als berechtigt anzuerkennende Vorwurf hier keine Berücksichtigung finden.

B. Die allgemeinen Grundsätze des B. G.-B. über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung.

1. Die objektive Unmöglichkeit der Leistung.

a) Nichtigkeit des Vertrages.

§ 6.

Den leitenden Grundsatz für die Behandlung der objektiven Unmöglichkeit der Leistung, die bereits bei Errichtung des Vertrages vorhanden ist, finden wir im § 306 des Gesetzes:

> „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig."

Wir haben bereits oben darauf hingewiesen, (Anm. 12), dass diese Bestimmung ebenso wie die §§ 307 und 308 auf die einseitigen Rechtsgeschäfte, soweit sie eine Verpflichtung begründen, analog anzuwenden ist. Dies gilt besonders für die Auslobung und die Inhaberpapiere.[1])

Das B. G.-B. hat aber naturgemäss gegenüber der allgemeinen Regel des § 306 einige Ausnahmen zulassen müssen.[2])

Hier können wir zunächst auf § 308 Abs. 1 verweisen, dessen Wortlaut wir hiermit wiedergeben:

> „Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, dass die Leistung möglich wird."

---

[1]) Vgl. auch §§ 2171 ff. (Vermächtnis) A. M. Matthias Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900, S. 302, der § 307 nicht anwenden will; vgl. demgegenüber Titze a. a. O. S. 211, Anm. 2.

[2]) Die nur für einzelne Schuldverhältnisse aufgestellten Sonderregeln sollen hier nicht erörtert werden, weil sie über den Rahmen unserer Darstellung hinausgehen würden, wir beschränken uns daher auf die Erörterung der Bestimmungen, die allgemeine Bedeutung haben.

Diese Bestimmung war erforderlich, um den unter der Bedingung des späteren Eintritts der Möglichkeit der Leistung abgeschlossenen Rechtsgeschäften — entgegen dem im § 306 aufgestellten Grundsatze — Wirksamkeit zu verleihen. Es kommt für die Anwendung des § 308 Abs. 1 nicht in Betracht, ob der Eintritt der von den Parteien gesetzten Bedingung mit mehr oder weniger Zuversicht erwartet werden kann, ebenso ist es völlig gleichgiltig, ob die Beseitigung der Unmöglichkeit eine lange oder nur eine kurze Spanne Zeit in Anspruch nehmen dürfte. Selbstverständlich ist allerdings die Gültigkeit eines auf eine — nach menschlichem Ermessen — völlig ausgeschlossene Leistung gerichteten Vertrages durch die Ausnahmebestimmung des § 308 Abs. 1 nicht zu retten.

Dagegen ist es ein unerlässliches Erfordernis für die Anwendung dieses Rechtssatzes, dass die Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses auch wirklich das Bewusstsein hatten, die ausbedungene Leistung sei momentan unausführbar, und demzufolge dem Rechtsgeschäfte die Bedingung späteren Möglichwerdens hinzufügten. Mit Recht nennt es daher Titze[1]) eine unzulässige Vergewaltigung des Parteiwillens, wenn man diese Bedingung in einen Vertrag, den die Kontrahenten zweifellos unbedingt abgeschlossen haben, als „stillschweigend vereinbart“ künstlich hineininterpretieren wollte.[2])

Auch der zweite Absatz des § 308 enthält eine weitere Ausnahme des im § 306 aufgestellten Grundsatzes. Hier haben wir es meist mit solchen Fällen zu tun, in denen entweder mindestens eine der Parteien im Augenblicke des Vertragsabschlusses die zur Zeit vorhandene Unmöglichkeit der Leistung nicht kennt oder in denen die Kontrahenten mit Sicherheit auf die rechtzeitige Beseitigung des Erfüllungs-

---

[1]) a. a. O. S. 216.

[2]) Vgl. auch Motive S. 180. „Die Aufstellung einer Vermutung für oder gegen die Annahme eines derart bedingten Vertrages liegt dem Entwurfe fern.“ Bezgl. stillschweigend betagter Verträge vgl. § 271 B. G.-B. und Anm. 28, S. 62.

hindernisses rechnen zu können glauben. Von einer Hinzufügung der im Abs. 1 desselben Paragraphen geregelten Bedingung kann natürlich unter solchen Umständen nicht die Rede sein, wie auch der Wortlaut des Gesetzes, das von einer „anderen Bedingung“ spricht, beweist.

Der Absatz 2 behandelt mit Recht die bedingten und betagten Schuldverhältnisse gleichmässig, denn in beiden Fällen handelt es sich um eine Leistung, die zwar im Augenblick der Perfektion des Vertrages nicht bewirkt werden kann, aber auch nicht bewirkt zu werden braucht, da der Zeitpunkt der Fälligkeit ja noch nicht eingetreten ist. Ist also die Leistung noch vor dem Eintritt der „anderen“ Bedingung oder des Anfangstermins möglich geworden, so belässt es das Gesetz, trotzdem es von dem allgemeinen Prinzip des § 306 ausgehend von Unmöglichkeit der Leistung spricht,[1]) tatsächlich bei der Gültigkeit des Vertrages. In den Fällen des § 308, Abs. 2 ist somit auf den Zeitpunkt der Fälligkeit und nicht auf den Moment des Vertragsschlusses das entscheidende Gewicht gelegt worden, daraus geht aber hervor, dass es zur Gültigkeit des Vertrages ausreicht, wenn die Leistung in dem Augenblick, wo sie zu bewirken ist, ausführbar wird.[1])

Andererseits ist es nicht erforderlich, dass die Leistung, die vor dem Eintritt der Fälligkeit möglich wurde, bis zu diesem Momente auch möglich bleibt, vielmehr genügt es völlig, wenn sie nur in einem einzigen Augenblicke zwischen Vertragsschluss und Fälligkeit bewirkt werden konnte.

Ferner ist es gleichgiltig, „ob die spätere Möglichkeit der Leistung sich als Folge einer Reihe von adäquaten oder inadäquaten Geschehnissen darstellt.“[2])

Ebenso genügt es zur Anwendung des § 308 Abs. 2, wenn die zunächst vorhandene objektive Unmöglichkeit der

---

[1]) Kleineidam I S. 33, Titze a. a. O. S. 218, Krug das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Breslau Inaug.-Diss. 1901, S. 35. Reinke S. 43.

[2]) Titze a. a. O. S. 218. Reinke a. a. O. S. 43.

Leistung sich noch spätestens bei Eintritt der Leistungszeit in ein blosses schuldnerisches Unvermögen umwandelt.[1])

Wenn wir nunmehr die juristische Konstruktion der im § 308 Abs. 2 geregelten Verträge feststellen wollen, so dürfte diese Aufgabe nicht ganz leicht zu lösen sein.

Allerdings kann es keinem Zweifel unterliegen, dass das Rechtsgeschäft als von Anfang an gültig erachtet werden muss, wenn die Leistung nachträglich aber rechtzeitig möglich geworden ist. Schwierigkeiten bereitet dagegen die Beantwortung der Frage, welche rechtliche Natur dem Vertrage bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Möglichkeit der Leistung eintritt, zuzuerkennen sei.

Die Annahme eines von vornherein gültigen bedingten Rechtsgeschäfts ist schon deshalb ausgeschlossen, weil in den meisten Fällen des § 308 Abs. 2 die Parteien, wie wir oben gezeigt haben, garnicht das Bewusstsein von der zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung haben und daher das Geschäft naturgemäss nicht unter der Bedingung des Eintritts der Möglichkeit abschliessen können. Andererseits kann man deswegen aber auch noch nicht behaupten, dass ein reines nihil actum vorliege, solange die Leistung noch nicht möglich geworden sei.[2])

Dadurch würde der Gläubiger in die prekäre Lage kommen, seine Interessen bis zu diesem Zeitpunkte lediglich durch den völlig unzureichenden Schutz des § 826 B. G.-B. sichern zu können. Auf diese Weise würde ihm auch die Möglichkeit entzogen werden, sein Recht, das ja angeblich überhaupt nicht vorhanden ist, durch Arrest oder einstweilige Verfügung zu schützen oder im Konkurse anzumelden.[2])

Die soeben geschilderten unangenehmen Ergebnisse können wir lediglich dadurch vermeiden, dass wir doch zur Annahme eines suspensiv-bedingten Vertrages zurückkehren.

---

[1]) Titze a. a. O. S. 218, Reinke a. a. O. S. 43.
[2]) Titze a. a. O. S. 220.

Ganz richtig ist diese Ausdrucksweise allerdings nicht, da wir in Wahrheit nicht eine von den Parteien gesetzte Bedingung, sondern eine sog. condicio iuris vor uns haben, auf die wir indessen die für die „echte“ Bedingung gegebenen Vorschriften analog anwenden wollen. Wir werden demnach mit Titze[1]) annehmen dürfen, dass überall dort, wo die Leistung, welche zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bewirkt werden kann und erst später möglich wird, ein

> „vorläufiges Schuldverhältnis entsteht, dessen Fortbestand von Gesetzeswegen an die Bedingung geknüpft ist, dass die Leistung noch vor Eintritt der Fälligkeit oder spätestens in diesem Zeitpunkt möglich wird“.

Demnach ist also deficiente condicione iuris das Rechtsgeschäft als von vornherein nichtig anzusehen, während andererseits pendente condicione iuris die Rechtsstellung des Gläubigers den gleichen Schutz geniesst wie bei jedem „echten“ suspensiv bedingten Rechtsgeschäft während dieses Zwischenstadiums.[2]) [3])

---

[1]) a. a. O. S. 221.

[2]) Indessen sind die Ausnahmen, die das Gesetz von der allgemeinen Regel des § 306 geschaffen hat, doch nicht zahlreich genug, um jedes unbillige Ergebnis auszuschliessen. Handelt es sich um sofort mit dem Vertagsabschluss fällige unmögliche Leistungen, so ist der Vertrag jedenfalls nichtig, auch wenn die Unmöglichkeit bereits kurze Zeit darauf behoben werden kann; infolgedessen ist der zur Leistung bereite Schuldner ausser Stande durch Anerbieten der ihm obliegenden Erfüllung ein Recht auf die ihm sonst gebührende Gegenleistung zu erlangen. Ebenso ist es den Parteien versagt, die Erfüllung des Schuldverhältnisses fordern zu können, wenn die Leistung auch nur kurze Zeit nach Eintritt der Bedingung oder des Anfangsterminsmöglich wurde. (Titze a. a. O. S. 221, Anm. 16).

[3]) Die rechtliche Stellung der Werkverträge und der Verträge über res speratae haben wir bereits oben (S. 62) erörtert. Titze (a. a. O. S. 221), sieht in ihnen eine weitere Ausnahme von dem Prinzip des § 306, während sie u. E. als „stillschweigend betagte“ Rechtsgeschäfte nach § 308, Abs. 2 B. G.-B. zu beurteilen sind.

Zum Schlusse dieses Abschnittes wollen wir noch kurz die Wirkungen der totalen und der teilweisen anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung sowie die eigenartigen Fälle des § 265 B. G.-B. betrachten.

Bei völliger Unmöglichkeit der Leistung fehlt naturgemäss dem Rechtsgeschäft jegliche Wirksamkeit. Ist dagegen die Unmöglichkeit nur eine teilweise, so kommt es darauf an, ob die Parteien das Rechtsgeschäft auch ohne den fehlerhaften Teil abgeschlossen haben würden, oder ob sie diesem eine so grosse Bedeutung zuerkennen, dass sie ihn für ein unerlässliches Erfordernis ihrer Einigung erachten. Im ersteren Falle ist der Vertrag, soweit er ausführbar ist, gültig, während er im zweiten Fall völlig nichtig ist.

Etwas komplizierter ist die im § 265 für Wahlobligationen gegebene Regelung.

Ist eine der alternativ geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich, so tritt eine Konzentration des Schuldverhältnisses auf die übrigen Leistungen ein (§ 265, Abs. 1 B. G.-B.)

Indessen darf uns dies nicht zu der Annahme verleiten, die von Anfang an unmögliche Leistung gehöre überhaupt nicht zum Inhalt der Obligation und sei daher völlig zu ignorieren.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht tritt sofort klar zu Tage, wenn auch die anfänglich möglichen Leistungen nachträglich insgesamt unmöglich werden. Hier unterliegt es keinem Zweifel, dass die wahlberechtigte Partei nunmehr auch die anfänglich unmögliche Leistung wählen darf.

Dass die anfänglich unmögliche Leistung mit Recht zum Inhalt der Wahlobligation zu rechnen ist, beweist ferner die Tatsache, dass, wenn auch nur eine der andern Leistungen infolge eines vom nicht wahlberechtigten Teile zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, eine Konzentration

nicht eintritt, so dass auch die anfänglich unmögliche Leistung noch gewählt werden darf. [1])

b) Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse.

§ 7.

Da die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Leistung die Richtigkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zur Folge hat, so kann dieses selbstverständlich vertragliche Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nicht begründen.

Indessen ist dadurch das Entstehen ausserkontraktlicher Rechte und Pflichten durchaus nicht etwa ausgeschlossen, wie § 307 B. G.-B beweist:

> „Wer bei der Schliessung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss".
>
> „Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teils gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist".

Was zunächst die Person des Ersatzpflichtigen anbetrifft, so bestreitet Bähr[2]) mit Rücksicht auf § 345 des

---

[1]) Schollmeyer, a. a. O. S. 71, will eine Konzentration des Schuldverhältnisses nur bei totaler Unmöglichkeit einer der alternativ geschuldeten Leistungen annehmen, gegen ihn mit Recht, Titze a. a. O. S. 198, Anm. 2.

[2]) Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 30, S. 374.

Entwurf I die Haftung des Gläubigers, was aber mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes unvereinbar sein dürfte.[1])

Ferner besteht Streit darüber, ob bei denjenigen Schuldverhältnissen, deren Erfüllung nicht die volle im Verkehr erforderliche Sorgfalt erfordert, sondern nur einen geringeren Grad von diligentia verlangt, diese Vergünstigung auch für die culpa in contrahendo zu gelten habe.[2])

Titze[3]) spricht sich für die analoge Anwendung der Regeln über das Verschulden bei Bewirkung der Leistung aus. Es handele sich allerdings im § 307 nicht um ein kontraktliches Verschulden, indessen sei dieses doch aus Anlass des Kontraktschlusses begangen worden.

Aber selbst wenn dies nicht genüge, um eine analoge Anwendung der für die culpa in solvendo geltenden Rechtssätze zu rechtfertigen, so decke sich doch tatsächlich der Grad der bei Kontraktschluss zu prästierenden diligentia mit dem Masse an Sorgfalt, für das die Partei bei der Erfüllung des Schuldverhältnisses einstehen müsse. Denn die Kontrahenten hätten bei Errichtung des Rechtsgeschäfts nach den Worten des Gesetzes nur die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten und ein vernünftiger Verkehr verlange von den Parteien für den Abschluss des Vertrages keine höhere Sorgfalt als für die Erfüllung desselben, es wäre daher durchaus gegen den vom Gesetz aufgestellten Fahrlässigkeitsbegriff, wenn man z. B. den Schenker für omnis culpa in contrahendo haftbar machen wollte.

---

[1]) Titze a. a. O. S. 215, Anm. 24; seine Behauptung, die Ausdehnung der Haftung auf die Person des Gläubigers sei, mit Rücksicht auf § 826 B. G.-B. de lege ferenda entbehrlich gewesen, kann aber nicht für zutreffend erachtet werden, da dieser Paragraph nur den vorsätzlich Schädigenden verantwortlich macht, während es — besonders bei gegenseitigen Verträgen — vom Standpunkt der ausgleichenden Gerechtigkeit durchaus angemessen erscheint, den fahrlässigen Gläubiger in gleicher Weise haften zu lassen wie den fahrlässigen Schuldner.

[2]) Vgl. insbes. § § 521, 599, 690 u. 708 des B. G.-B.

[3]) a. a. O. S. 226.

Die entgegengesetzte Ansicht wird von Kleineidam[1]) und Schollmeyer[2]) u. E. mit Recht vertreten.

Die verschieden gestaltete Haftung der Parteien für Verschulden bei Erfüllung der Obligation rechtfertigt sich lediglich durch den Umstand, dass der eine Teil auf Kosten des andern den gesamten oder doch wenigstens den grösseren Nutzen aus dem Vertrage zieht, sodass es billig erscheint, die Verantwortung der schwerer belasteten Partei herabzumindern. Die Bevorzugung der einen Partei gegenüber der andern ausgeschlossen, der innere Grund für die Haftungserleichterung fällt weg und die gleichmässige Ausgestaltung der beiden Parteien auferlegten Haftung für culpa in contrahendo ist durchaus gerechtfertigt.

Ferner ist Titze gegenüber geltend zu machen, dass nach der feststehenden Sprache des Gesetzes das „Kennenmüssen" des § 307 B. G.-B. einen völlig abstrakten Massstab von Sorgfalt bedeutet, der eine Rücksichtnahme auf die Eigenart der einzelnen Schuldverhältnisse, wie er sie befürwortet, nicht duldet.[3])

Wie ist nun zu entscheiden, wenn eine Partei erst nach Vertragsabschluss von der von vornherein vorhanden gewesenen Unmöglichkeit der Leistung erfährt und es unterlässt, den Gegner von dieser Tatsache zu benachrichtigen?

Zweifellos kann hier auf Grund des § 307 B. G.-B. das negative Interesse nicht verlangt werden, da die Kenntnis bezw. schuldhafte Nichtkenntnis im Augenblicke des Vertragsabschlusses vorhanden sein muss. Man kann auch nicht etwa durch Anwendung des § 242 zu einem andern Resultat gelangen, da dieser Paragraph einen gültigen Vertrag und einen „Schuldner", der nach Treu und

---

[1]) I. S. 38 ff.

[2]) a. a. O. S. 154 f.

[3]) Aus obigen Gründen können wir auch der Behauptung Titze's, die Haftung des Versprechensempfängers sei milder als die des Schuldners, weil der Verkehr von ihm nur eine geringere Sorgfalt verlange wie vom Verpflichteten, nicht beistimmen.

Glauben zu „leisten“ habe, voraussetzt, Erfordernisse, welche im vorliegenden Falle sämtlich nicht vorhanden sind.[1])

Wir können dieses Ergebnis auch nicht für unbillig erachten,[2]) da im Notfalle der § 826 B. G.-B. gegenüber einer vorsätzlichen Schädigung zu Hilfe gerufen werden kann, während es andererseits entschieden viel zu streng wäre, wenn man eine Partei deshalb verantwortlich machen wollte, weil sie nach Vertragsschluss fahrlässiger Weise nicht merkte, dass die Leistung von vorn herein unmöglich und der Vertrag infolgedessen nichtig gewesen sei. Denn wenn man auch selbstverständlich verlangen darf, dass die Kontrahenten beim Abschluss des Geschäftes die Frage nach der Möglichkeit der Leistung mit der erforderlichen Sorgfalt untersuchen, so kann man ihnen andererseits die beständige Wiederholung dieser Prüfung nicht mehr zumuten, nachdem sie sich einmal — wenn auch nur nach ihrer Meinung — bereits gebunden haben.

Was den Inhalt der im § 307 angeordneten Haftung anbetrifft, so besteht er im „Ersatz des Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut“ oder wie Mommsen[3]) zutreffend sagt, „im Ersatz des Schadens, der dadurch entsteht, dass von dem Geschäft überhaupt die Rede gewesen ist.“

---

[1]) A. M. Reinke (a. a. O. S. 49), der § 242 B. G.-B. hier anwenden will. Es entstehe zwar kein gültiges Schuldverhältnis, immerhin aber werde doch ein Rechtsverhältnis begründet, das obligatorische Rechte und Pflichten mitsichbringen könne. Dies zeige § 307 B. G.-B. zur Genüge, der unter Umständen eine Haftung für das negative Vertragsinteresse hervorrufe. Demgegenüber müssen wir betonen, dass die Anwendung des § 242 B. G.-B. immer nur eine Haftung für das positive Interesse rechtfertigen könnte, und dass ausserdem der cit. Paragraph sich nur auf die Erfüllung bestehender Schuldverhältnisse bezieht. Die betreffende Partei verletzt aber keine bereits existierenden obligatorischen Rechte und Pflichten, sondern erzeugt sie vielmehr erst durch ihr vom Gesetzgeber gemissbilligtes Verhalten.

[2]) A. M. Titze a. a. O. S. 227.

[3]) a. a. O. S. 107.

Indessen ist dafür gesorgt, dass die Ersatzpflicht nicht ins Ungemessene gesteigert werde. Die Haftung der schuldigen Partei findet ihre Grenze an dem Umfange des positiven Interesses: der ersatzberechtigte Teil soll höchstens soviel erhalten, als er bei Gültigkeit des Vertrages hätte beanspruchen können.

Nunmehr wollen wir die gleichfalls nicht unbestrittene Frage nach der Verjährungszeit des im § 307 gegebenen Anspruchs erörtern. Wir werden hierbei dem Beispiele Kleineidams[1]) folgen und die juristische[2]) Natur dieses Anspruches mit Hülfe der Quellen festzustellen suchen, da das heutige Recht absichtlich[3]) über diesen Punkt völlig schweigt. Für unsere Untersuchung kommen besonders folgende Stellen in Betracht:

l. 62, § 1, D de contr. empt. 18, 1; § 5 Inst. de empt. et vend. 3, 23; l. 8, § 1 D de relig. 11, 7; l. 8 D de hered. vend. 18, 4 und l. 9 eod.

Dass der Anspruch auf das negative Interesse keinen deliktischen Charakter trägt, ist besonders deutlich in l. 8 § 1 D. 11, 7; mit den Worten actio et in heredem competit ausgesprochen, weil nach römischem Recht eine wahre deliktische Klage passiv unvererblich ist.

Wenn aber Kleineidam hieraus folgert, die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren sei massgebend, zumal die §§ 196 ff. B. G.-B., welche von den kürzeren Verjährungsfristen handeln, stets einen gültigen Vertrag voraussetzten, so ist dies u. E. nicht richtig. Schon in der cit. Quellenstelle ist mit den Worten actio quasi ex empto mit unverkennbarer Schärfe zum Ausdruck gebracht, dass die Be-

---

[1]) I. S. 39 vgl. auch Bock a. a. O. S. 195 ff.

[2]) Im gemeinen Recht herrschte hierüber gleichfalls Streit. Jhering (a. a. O. S. 29) hält den Anspruch für einen rein kontraktlichen, während die herrschende Meinung sich für die Annahme einer ausserkontraktlichen Klage entschieden hat, vgl. insbesondere Windscheid a. a. O. S. 230 f. und Dernburg a. a. O. S. 27 f.

[3]) Vgl. Motive II, S. 179.

stimmungen der Kontraktsklage auf unsere Klage analog anzuwenden seien.

Würde Kleineidam Recht haben, so kämen wir zu dem sicherlich nicht zu billigenden Resultat, dass der Anspruch, den der Gläubiger aus dem gültigen Vertrage erhielte, sehr häufig schneller verjähren würde, als der Anspruch auf das negative Interesse. Dies würde aber auch zweifellos gegen den Sinn des § 307 B. G.-B. verstossen, der, wie bereits oben bemerkt, ausdrücklich bestimmt, die negative Schadensersatzforderung solle in keiner Beziehung besser behandelt werden als der positive Erfüllungsanspruch. Wir werden daher die für die Kontraktsklage gegebenen Verjährungsfristen auf unsere Klage entsprechend anwenden können.

Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung oder bei Unmöglichkeit einer alternativ geschuldeten Leistung ist derjenige Schaden zu ersetzen, den der Gegner des Ersatzpflichtigen dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des ganzen Vertrages vertraut. Titze[1]) hat eine nach einheitlichen Gesichtspunkten erfolgende Gruppierung der bei den Wahlschuldverhältnissen hier möglichen einzelnen Fälle aufgestellt. Wir können uns seinen u. E. zutreffenden Ausführungen anschliessen.

A. Ist z. B. der Gläubiger wahlberechtigt, so kommt es darauf an, welche Partei die anfängliche Unmöglichkeit einer der wahlweise geschuldeten Leistungen kannte oder kennen musste.

I. Wenn der Verpfichtete der schuldige Teil ist, so müssen wir ferner unterscheiden:

a. Es ist nur eine Leistung von vornherein unmöglich gewesen, während die anderen noch bewirkt werden können. In diesem Falle konzentriert sich das Schuldverhältnis gemäss § 265 B. G.-B. auf die noch möglichen Leistungen, der Gläubiger kann daher seine Wahl nur auf

---

[1]) a. a. O. S. 231 f. Brock a. a. O. S. 133 f. Litten a. a. O. S. 219 f. Schmidt a. a. O. S. 36. Reinke a. a. O. S. 51 f.

diese richten, hat aber wegen der Beschränkung, die sein Wahlrecht hierdurch erleidet, den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses.

b. Sind sämtliche wahlweise geschuldeten Leistungen bereits bei Errichtung des Schuldvertrages unmöglich gewesen, so ist zunächst diejenige Leistung festzustellen, welche zur Grundlage der Schadensberechnung gemacht werden soll. Natürlich kann es sich dabei nur um diejenige Leistung handeln, deren Unmöglichkeit der Schuldner schuldhafterweise nicht gekannt hat. Trifft dies auf mehrere Leistungen zu, so hat der Gläubiger das Wahlrecht unter ihnen.

c. Ferner ist der Fall denkbar, dass von den möglichen Leistungen einige oder auch alle zwar nach Abschluss des Vertrages aber vor Ausübung der Wahl unmöglich werden, ohne dass der Schuldner dies zu vertreten[1]) hat; indessen wird hierdurch an seiner Pflicht zum Ersatze des negativen Interesses für die von vornherein unmöglichen Leistungen, bezüglich derer ihn der Vorwurf des Kennens oder Kennenmüssens trifft, nichts ändern.

d. Wird eine der anfänglich möglichen Leistungen später in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich, so kann der Gläubiger entweder die von vornherein unmögliche Leistung wählen und dadurch die Nichtigkeit des Vertrages herbeiführen, die ihn zur Geltendmachung des negativen Interesses berechtigt, oder er kann seine Wahl auf eine der anfänglich möglichen Leistungen richten. Tut er dies, so kann er natürlich das Vertrauensinteresse nicht mehr beanspruchen.

e. Hat dagegen der Gläubiger den Untergang einer der anfänglich möglichen Leistungen zu vertreten, so kann er trotzdem das negative Interesse wegen der anfänglich unmöglichen Leistung beanspruchen. Wenn aber alle Leistungen unmöglich geworden sind u. zw. auch nur eine

---

[1]) Titze spricht versehentlich von einer durch Verschulden des Schuldners untergehenden Leistung.

einzige in Folge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes, so tritt dem Ersatzanspruch des Gläubigers eine Gegenforderung des Schuldners auf das positive Interesse gegenüber. Bezüglich der Schadensberechnung gilt dann das zu b. Gesagte.

II. Den Gegensatz zu der soeben behandelten Gruppe bilden die Fälle, in denen der wahlberechtigte Gläubiger bei Abschluss des Vertrages die zu dieser Zeit vorhandene Unmöglichkeit einer der alternativ geschuldeten Leistungen kannte oder kennen musste.

a. Wählt der Gläubiger hier gemäss § 265 B. G.-B. eine der noch möglichen Leistungen, so kann der Schuldner keinen Schaden nachweisen, da er die gewählte Leistung auch dann hätte bewirken müssen, wenn alle Leistungen von vornherein möglich gewesen wären.

b. Die noch möglichen Leistungen gehen sämtlich unter, ohne dass eine der Parteien dies zu vertreten hat; dann kann der Schuldner das negative Interesse fordern, während in Ansehung dar Schadensberechnung dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht.

c. Sämtliche bei Vertragsschluss noch möglichen Leistungen können nicht mehr bewirkt werden u. zw. ist mindestens eine von ihnen in Folge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden. Hier kann der Gläubiger noch immer die schon von vornherein unmögliche Leistung wählen, dann ist der Vertrag nichtig und der Schuldner kann das negative Interesse fordern. Dieses Recht steht ihm nicht zu, wenn der Gläubiger eine der ursprünglich möglichen Leistungen wählt.

d. Sind sämtliche anfänglich möglichen Leistungen später unmöglich geworden u. zw. mindestens eine von ihnen in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes, so kann er gegen den Gläubiger keinerlei Ansprüche erheben.

e. Konnten dagegen sämtliche Leistungen bereits bei Vertragsschluss nicht mehr bewirkt werden, und trifft den Gläubiger mindestens hinsichtlich einer von ihnen der Vor-

wurf schuldhafter Nichtkenntnis, so hat der Verpflichtete einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, hinsichtlich der Schadensberechnung verbleibt es bei dem Wahlrecht des Gläubigers.

B. Mutatis mutandis ergibt sich naturgemäss die gleiche Anordnung für die Fälle, in denen dem Schuldner das Wahlrecht zusteht.

I. Wenn der Gläubiger die anfängliche Unmöglichkeit der einen Leistung kannte oder kennen musste, so ist wiederum folgendermassen zu unterscheiden:

a. Wenn die anderem wahlweise geschuldeten Leistungen noch bis zur Wahlausübung möglich geblieben sind, so beschränkt sich das Wahlrecht des Schuldners auf eine von ihnen, der Gläubiger hat ihm für diese Beeinträchtigung das negative Interesse zu ersetzen.

b. Sind dagegen sämtliche wahlweise geschuldeten Leistungen bereits bei Errichtung des Rechtsgeschäfts unmöglich gewesen, so kann der Schuldner das negative Interesse fordern. Naturgemäss gründet sich die Schadensberechnung auf diejenige Leistung, deren Unmöglichkeit der Gläubiger kannte oder kennen musste. Sind dies mehrere gewesen, so hat der Schuldner das Wahlrecht unter ihnen.

c. Der Anspruch des Schuldners auf das negative Interesse wird durch den nachträglichen, von keiner Partei zu vertretenden Untergang der andern Leistungen nicht beeinflusst.

d. Dasselbe ist der Fall, wenn der Schuldner die nachträgliche Unmöglichkeit einzelner Leistungen zu vertreten hat. Etwas anderes ist es aber, wenn sämtliche Leistungen unmöglich werden und er den Untergang auch nur einer einzigen zu verantworten hat. Hier gilt das unter A. I. e Gesagte mit der Massgabe, dass dem Schuldner das Wahlrecht zusteht.

e. Hat der Gläubiger die nachträgliche Unmöglichkeit einer oder mehrerer Leistungen zu vertreten, so ist dem Schuldner damit dasselbe unbeschränkte Wahlrecht wie zu A. I. d. dem Gläubiger gegeben.

II. Zum Schlusse bleibt uns noch die Erörterung derjenigen Fälle übrig, in welchen den wahlberechtigten Schuldner der Vorwurf schuldhafter Nichtkenntnis der anfänglichen Unmöglichkeit einer der wahlweise geschuldeten Leistungen trifft.

a. Wenn er hier eine der noch möglichen Leistungen wählt, so kann der Gläubiger das negative Interesse nicht beanspruchen. Vgl. A. II. a.

b. Gehen sämtliche noch möglichen Leistungen später unter, ohne dass eine Partei dies zu vertreten hätte, so hat der Gläubiger ein Recht auf das negative Interesse; bezüglich der Schadensberechnung steht dem Schuldner das Wahlrecht zu.

c. Hat der Schuldner dagegen im Falle nachträglichen Untergangs sämtlicher Leistungen die Unmöglichkeit auch nur einer Leistung zu vertreten, so hat der Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses mit der Beschränkung, dass auch hier der Schuldner die der Schadensberechnung zu Grunde zulegende Leistung wählen darf.

d. Wird auch nur eine der Leistungen nachträglich in Folge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes unmöglich, so kann dieser überhaupt keine Rechte geltend machen.

e. Waren alle Leistungen von Anfang an unmöglich, so kann der Gläubiger das negative Interesse fordern, wenn den Schuldner auch nur hinsichtlich einer einzigen der Vorwurf schuldhafter Nichtkenntnis trifft. Bezüglich des Wahlrechts vgl. b. —

Entsteht Streit über Unmöglichkeit der Leistung, so trifft denjenigen die Beweislast, der die Nichtigkeit des Vertrages geltend macht. Wer das negative Interesse fordert, muss ausserdem eventuell beweisen können, dass die Gegenpartei den Vertrag in Kenntnis bezw. schuldhafter Nichtkenntnis des Erfüllungshindernisses abgeschlossen habe. Gelingt ihm der Beweis, so verbleibt dem andern Teil der

Nachweis, dass der Ersatzfordernde seinerseits die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste.[1])

2. Die subjektive Unmöglichkeit der Leistung.

§ 8.

Eine der wichtigsten Kontroversen im Rechte des B. G.-B. ist die Frage nach der Wirksamkeit des bereits bei Errichtung des Rechtsgeschäfts vorhandenen Unvermögens des Schuldners.

Da das Gesetz schweigt, so müssen wir selbst das Problem auf irgend eine Weise zu lösen versuchen. Hier bietet uns der bereits oben besprochene § 306 B. G.-B. eine Handhabe, wenn er den auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für nichtig erklärt. Bereits die Motive[2]) bemerken dazu ausdrücklich, dass das subjektive Unvermögen hier nicht von der anfänglichen Unmöglichkeit mit umfasst werde. Dies hätte uns aber auch die Terminologie des Gesetzes ohne besonderen Hinweis sagen können, denn gerade die sprachliche Präzision des B. G.-B. zeigt klar, dass es unter (objektiver) Unmöglichkeit und (subjektivem) Unvermögen zwei ganz verschiedene Dinge versteht, die es in ihren Wirkungen nur dann einander gleichstellt, wo es dies besonders bestimmt.[3])

Letzteres ist nur der Fall bei dem nachträglich eintretenden Unvermögen. Da aber im § 306 nur von anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung die Rede ist, und das Gesetz nirgends eine besondere Norm für das anfängliche Unvermögen aufstellt, so ist daraus zu schliessen, dass die ursprüngliche Unmöglichkeit und das ursprüngliche Unvermögen verschiedene Wirkungen haben müssen, und letzteres

---

[1]) Titze a. a. O. S. 228 hält diese Regelung der Beweislast nicht für befriedigend, weil es ungerecht sei, dem Gläubiger, der das negative Interesse fordere, den Beweis aufzubürden; es wäre richtiger gewesen, wenn der Schuldner sich hätte exkulpieren müssen.

[2]) Bd. 2, S. 176.

[3]) Loske, Rostocker Inaug.-Diss. 1903, S. 43.

also die Gültigkeit des Vertrages nicht beeinflusst. Diese Konsequenz haben denn auch die Motive[1]) ausdrücklich gezogen.

Allerdings spricht ihnen Krug[2]) jede Beweiskraft ab, denn „die Redaktoren befanden sich selbst im Irrtum über die Tragweite des Begriffes subjektives Unvermögen." Sie hätten ja auch beim Verkaufe einer nichtexistierenden Forderung lediglich subjektive Unmöglichkeit angenommen. Nun ist aber diese Meinung auch im gemeinen Recht vertreten worden, und Krug hat daher kein Recht, die Motive schon deshalb eines Irrtums zu zeihen, weil sie anderer Ansicht seien, wie er selbst.[3]) Auch an einer andern Stelle der Motive[4]) setzt die Krug'sche Kritik ein,[5]) um zu erweisen, dass diesen Vorarbeiten zum B. G.-B. jede wissenschaftliche Bedeutung fehle. Allerdings ist der Satz, dass sowohl ursprüngliches wie nachträgliches Unvermögen nach geltendem Rechte keinen Einfluss auf die Verbindlichkeit hätten, wenn er für sich allein gelesen wird, grundfalsch. Bringt man ihn aber in Zusammenhang mit dem bald darauf[6]) folgenden Hinweis auf die Ausnahmestellung des nachträglichen Unvermögens bei Speziesschulden, so löst sich der angebliche Widerspruch von selbst, sodass wir auch an dieser Stelle eine Berechtigung der Krug'schen Vorwürfe nicht anerkennen können.[7]) Auch sonst können uns die Ausführungen dieses Autors, der die Gültigkeit des Vertrages im Falle anfänglichen Unvermögens bekämpft, nicht überzeugen.

Nach seiner Ansicht ist es vom Standpunkt der Billigkeit nicht zu erklären, warum man „den Schuldner bei Vor-

---

[1]) Bd. 2, S. 177.
[2]) Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung, Breslauer Inaug.-Diss. 1901, S. 37.
[3]) Loske a. a. O. S. 45.
[4]) Bd. 2, S. 45.
[5]) a. a. O. S. 37.
[6]) Motive, Bd. 2, S. 46.
[7]) Vgl. Loske a. a. O. S. 47.

liegen eines (ursprünglichen) Unvermögens, das er garnicht kannte, noch zu kennen brauchte, haften lasse.“ Hier erwidert Kleineidam[1]) mit Recht, man werde mit Billigkeitsgrundsätzen bei der Interpretation des positiven Rechts wenig erreichen. Ferner sucht Krug[2]) darzutun, dass auch die Annahme einer Garantiepflicht die Gültigkeit des Vertrages nicht stützen könne. Seine Gegenüberstellung der §§ 118 und 119 einerseits und 307 andererseits ist jedoch nicht zutreffend, da keiner dieser Rechtssätze es mit einer Garantieübernahme zu tun hat, was insbesondere durch den Umstand erwiesen wird, dass sowohl gemäss § 118 und § 119 (in Wahrheit gemäss § 122) wie nach § 307 B. G.-B. nicht das positive, sondern nur das negative Interesse zu leisten ist.[3])

Seine Beweisführung ist nun überhaupt ebenso unzutreffend wie überflüssig, da seine Gegner die Garantieübernahme in Ansehung des ursprünglichen Unvermögens nicht zur Stütze ihrer Ansicht verwerten.[4])

Ausser Krug ist Stammler[5]) der Meinung, dass der Vertrag ungültig sei. Wir werden jedoch die von ihm verwandte Analogie nicht für begründet erachten können, da wir oben nachgewiesen zu haben glauben, dass nicht nur das positive Recht eine entsprechende Anwendung der für die objektive Unmöglichkeit gegebenen Vorschriften ausschliesst, sondern die Gleichstellung von objektiver Unmöglichkeit und subjektivem Unvermögen im Prinzip durchaus zu verwerfen ist.[6])

Hier können wir in jeder Hinsicht auf Kleineidam[7]) verweisen. Er erwidert auf die Frage Krugs[8]), warum denn

---

[1]) II. S. 135.
[2]) a. a. O. S. 40.
[3]) Kleineidam II S. 136, vgl. auch Titze a. a. O. S. 2487.
[4]) Vgl. Kleineidam II. S. 36.
[5]) Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897, S. 107.
[6]) Vgl. oben S. 110 und S. 71 ff.
[7]) a. a. O. S. 131.
[8]) a. a. O. S. 45.

das nachfolgende Unvermögen der nachträglichen Unmöglichkeit gleichgestellt werde, während doch beide ebenso verschiedener Natur seien, wie ursprüngliches Unvermögen und ursprüngliche Unmöglichkeit, mit Recht, es stehe völlig in der Macht des positiven Rechts zwei durchaus heterogene Institute in gewisser Beziehung einander gleichzustellen, denn innere Verschiedenheit erfordere nicht immer eine verschiedene rechtliche Behandlung, andererseits sei aber aus der besonderen Bestimmung des Gesetzes hinsichtlich des nachträglichen Unvermögens kein weiterer Schluss zu Gunsten einer völligen Gleichstellung der Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen zu ziehen.

Dernburg's[1]) Stellung zur Gültigkeit des Vertrages ist nicht ganz klar ausgedrückt, sodass z. B. Loske[2]) behauptet, er sei gegen die von uns vertretene Ansicht. U. E. ist dies nicht der Fall, denn wenn Dernburg dem Gläubiger einen Anspruch auf das positive Interesse gibt, so kann es sich nur um Ersatz für eine geschuldete, aber nicht erhaltene Leistung, handeln, was nur denkbar ist, wenn ein gültiger Schuldvertrag vorhanden ist. Denn das B. G.-B. gibt bei nichtigen resp. angefochtenen Rechtsgeschäften stets nur das negative Interesse.[3])

Die übrigen Schriftsteller sind in überwiegender Mehrheit gleichfalls für die von uns vertretene Ansicht, insbesondere Planck[4]), Cosack[5]), Kleineidam[6]), Titze[7]), Oertmann[8]) u. a.[9])

[1]) Bürgerl. Recht II 1. S. 142.

[2]) a. a. O. S. 57.

[3]) Steiner Haftung aus ursprünglichen Unvermögen bei vertragsmässigen Schuldverhältnissen. Rostocker Inaug.-Diss. 1903, S. 56.

[4]) a. a. O. S 118, II. 1.

[5]) Lehrbuch des Deutsch. Bürgerl. Rechts, S. 353.

[6]) I S. 46 ff.

[7]) a. a. O. S. 247.

[8]) Kommentar zum B. G.-B. Recht der Schuldverhältnissen I. Teil, S. 57.

[9]) Es sei hier nur noch näher auf die Ausführungen Biermann's (a. a. O. S. 95) verwiesen. Er sucht die Regelung, die das Ge-

Wir haben also gesehen, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag gültig ist, und wollen nunmehr zur Untersuchung der Frage übergehen, ob der Schuldner dem Gläubiger den durch das Ausbleiben der Leistung entstandenen Schaden auch dann ersetzen muss, wenn er sein bei Errichtung des Vertrages bereits vorhandenes Unvermögen nicht verschuldet hat. Cosack[1]) und Titze[2]) wollen hier die Bestimmung des § 275 Abs. 2 anwenden. Ersterer macht dabei allerdings die Einschränkung, der Schuldner habe es stets zu vertreten, wenn er von vornherein unvermögend sei. Diese verschiedenartige Behandlung der ursprünglichen und der nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit ist aber von Cosack's Standpunkt aus nicht konsequent, denn bei analoger Anwendung der Sätze von dem nachträglichen auf das anfängliche Unvermögen hätte er auch zwischen zu vertretender und nicht zu vertretender, anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit unterscheiden müssen. Diese Folgerung hat denn auch Titze, der anfängliches und nachträgliches Unvermögen völlig gleichstellt, gezogen. Gegen ihn macht Loske[3]) u. E. mit Recht geltend, dass aus der Gegenüberstellung der Gattungsschulden, bei denen ein blosses Unvermögen den Schuldner nie befreit, und der Speciesschulden, von denen ausdrücklich gesagt ist, dass nur nachträgliches, nicht zu vertretendes Unvermögen die Verpflichtung des Schuldners

---

setz in § 2169 ff. für das Vermächtnis eines individuell bestimmten Gegenstandes, der nicht zur Erbschaft gehört, aufstellt, für die Schuldverhältnisse analog zu verwerten. Aber seine Begründung ist nicht zutreffend. Das Gesetz hat den § 2170, Abs. 2, nicht deshalb aufgestellt, um die Gültigkeit des Vermächtnisses trotz des ursprünglichen Unvermögens des Beschwerten besonders zu betonen; es wollte vielmehr den Verpflichteten schützen, der nach dem allgemeinen Grundsatze, den wir später kennen lernen werden, vollen Ersatz des Schadens leisten müsste, und bestimmte daher, dass er nur den Wert des vermachten Gegenstandes zu leisten habe. (Vgl. Loske a. a. O. S. 52).

[1]) a. a. O. S. 353.

[2]) a. a. O. S. 252.

[3]) a. a. O. S. 65.

aufhebe, mit Notwendigkeit folgen müsse, dass bei sämtlichen Obligationen das ursprüngliche Unvermögen stets zu vertreten sei.

Auch die Behauptung Titzes,[1]) die unbedingte Haftung des Schuldners sei unbillig, ist nicht zutreffend. Denn ebenso wie die Sicherheit des Verkehrs bei Gattungsschulden eine Befreiung des Verpflichteten sogar wegen nachträglichen Unvermögens verbietet, ebenso verlangt sie auch bei allen Vertragsobligationen, dass der Gläubiger nicht dadurch geschädigt werde, dass der Schuldner, der sich ja selbst zur Uebernahme der Verbindlichkeit erboten hat, von vornherein zu einer Leistung nicht imstande war, die ein anderer ohne Schwierigkeiten hätte erbringen können.

Schliesslich sei noch hervorgehoben, dass die Titzeschen Ausführungen überhaupt an einem innern Widerspruch leiden, denn wie Kleineidam[2]) richtig bemerkt, hätte Titze bei konsequenter Durchführung der von ihm behaupteten inneren Gleichwertigkeit der Unmöglichkeit und des Unvermögens (vgl. oben S. 37) dazu kommen müssen, den § 306 auf die anfängliche subjektive Unmöglichkeit anzuwenden. Statt dessen hat aber auch er die Gültigkeit des Vertrages angenommen.

Da wir aus den soeben erörterten Gründen die Titze'sche Analogie ablehnen müssen, so werden wir im Anschluss an die herrschende Meinung den Verpflichteten auch dann für das Ausbleiben der Leistung verantwortlich machen, wenn er sein anfängliches Unvermögen nicht verschuldet hat. —

Welchen Weg kann nun der Gläubiger zur Geltendmachung seines Rechtes einschlagen?

Hier ist es streitig, ob er sofort das Erfüllungsinteresse verlangen darf oder erst die Leistung einklagen muss, um dann dem verurteilten Schuldner nach § 283 B. G.-B. eine Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Verlauf er erst

---

[1]) a. a. O. S. 252.
[2]) II. S. 139 ff.

durch einen zweiten Prozess Ersatz seines Schadens erlangen kann.

Kleineidam[1]) will dem Gläubiger nur den komplizierteren Weg zugestehen, denn das abgekürzte Verfahren verletze die Interessen des Schuldners, weil dieser ja auch durch einen Dritten erfüllen könne, und ihm diese Möglichkeit durch die direkte Klage des Gläubigers auf Schadensersatz abgeschnitten werde. Dies ist zwar zutreffend, aber damit sind nicht alle denkbaren Fälle erschöpft.[2]) Wenn nämlich feststeht, dass auch ein Dritter die geschuldete Leistung an Stelle des Verpflichteten nicht bewirken werde, so ist es ein für beide Parteien überflüssiger Umweg, wenn sie erst in zwei Prozessen zu einem Ergebnis gelangen können, das ebenso gut bereits in einem Rechtsstreite zu erreichen gewesen wäre.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Dernburg[3]), der dem Gläubiger nur die Klage auf das positive Interesse gibt. Aber auch diese Regelung kann nicht anerkannt werden, denn abgesehen davon, dass aus einem gültigen Vertrage, den ja auch Dernburg u. E. annimmt, dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung ohne weiteres zusteht, verlangt das Interesse beider Parteien, dass ihnen auch der kompliziertere Weg gelassen werde. Weshalb der Schuldner dies wünschen muss, haben wir soeben gesehen, aber auch der Gläubiger wird es oft vorziehen, zunächst auf Erfüllung zu klagen, wenn er nicht imstande ist, das Unvermögen des Schuldners zu beweisen.[4]) So haben denn auch die meisten Schriftsteller mit Recht dem Gläubiger die Wahl gelassen, ob er sogleich auf das positive Interesse klagen, wobei er das Unvermögen des Schuldners zu beweisen hat, oder ob er den komplizierteren Weg einschlagen will.[5])

[1]) I S. 48.
[2]) Vgl. Loske, a. a. O. S. 76.
[3]) a. a. O. S. 142.
[4]) Vgl. Loske, a. a. O. S. 77.
[5]) Planck, a. a. O. S. 118. f.
Cosack, a. a. O. S. 353.
Biermann, a. a. O. S. 99. u. a.

Lebenslauf.

Ich Ernst Pakuscher, wurde am 15. November 1884 zu Berlin als Sohn des Kaufmanns Louis Pakuscher und seiner Ehefrau Johanna geb. Warschauer geboren. Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Friedrichs-Gymnasium zu Berlin, das ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Hierauf bezog ich die Universitäten Freiburg i. B. und Berlin und studierte daselbst die Rechtswissenschaften. Am 29. Juni 1906 bestand ich am Königl. Kammergericht die erste juristischePrüfung, arbeitete dann bei dem Königl. Amtsgericht zu Spremberg (Lausitz) und bin jetzt beim Königl. Landgericht I in Berlin beschäftigt.